

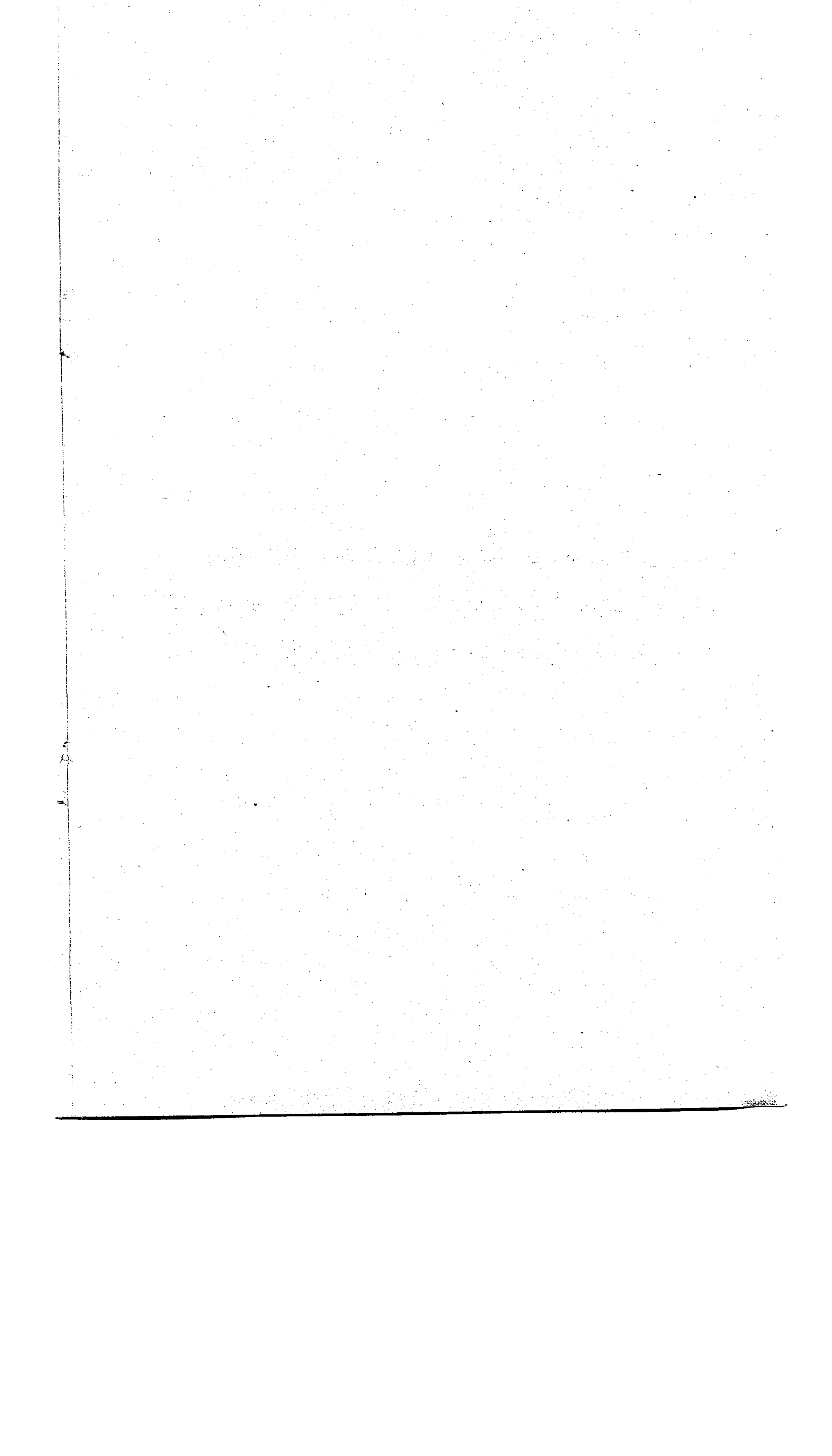
جامعة المنصورة
كلية الحقوق

أصـول القانون

الدكتـور
أحمد السعيد الزقرد

٢٠٠٠ / ٢٠٠١

حقوق التأليف محفوظة ، وكل اعتداء عليها بصورة من صـــور النشر والتقليد يعرض الفاعل ، والشريك للعقوبة الجنائية المقررة فى المادة ٤٧ من قانون حماية حقوق المؤلف المعدل بقانون ١٩٩٢/٣٨



تمهيد :

عندما أسند إلى تدريس مقرر أصول القانون لطلاب كلية التجارة ، رأيت أن أعرض للأصول ، والقواعد الكلية للعلوم القانونية . بما يمهد – في سنوات تالية – بالإلمام بدراسات قانونية أخرى.بما في ذلك القانون التجارى ،البحرى، والقانون المالى . كذا ، فقد حرصت على منـــهج علمـــى يربــط النظريـــات المجردة بالواقع العملى ، أو المهنى للدارسين فى كلية التجـــارة . وحرصـــت بصفة خاصة ، على تلافى التكرار ، أو الحشو . وعلـــى أن تـــأتى صياغـــة المؤلف سهلة ، وواضحة .

فإذا ، ما كان إطار الدراسة على هذا النحو ، فيبقى أن نعرض لخطتها :

خطة الدراسة :

ونوزع دراستنا فى أصول القانون على كتابين : **حيث نعرض فـــى الأول** للنظرية العامة فى القانون ؛ **وفى الثانى** ، للنظرية العامة فى الحق .

الكتاب الأول

النظرية العامة للقانون

الفصل الأول

تعريف القانون ، وخصائصه ، وأقسامه

من المسلم به ، ضرورة وجود قواعد تنظم السلوك الاجتماعى للأفـــراد فى المجتمع . سواء تمثلت هذه القواعد فى قيود ، على الســـلوك ، أو فـــرض واجبات على الأفراد .

وقد استقت هذه القيود ، أو الواجبات المفروضة مصدرها مــــن قواعـد المجاملات والآداب العامة ، وقواعد الأخلاق .

وفى مرحلة تالية ، تبين أن هذه القيود غير كافية لإجبار النــــاس علـــى احترامها ، وظهرت الحاجة إلى قيود من طبيعة إلزامية ، يوقـــع علـــى مـــا يخالفها جزاء مادى ، ومنظم ، أى تستقل به سلطة مختصـــة ، ولـــذا نشـــأت القواعد القانونية .

وسوف نعرض للقاعدة القانونية بمنأى عن الإغراق فى تفاصيل فلسفية ، وتاريخية ، بعيدة عن اهتمام الطالب . فنعـــرض فـــى **مبحـــث أول** لتعريـــف القانون ، وخصائصه ، على أن نتناول أنواع القواعد القانونية – فـــى **مبحـــث ثان** .

المبحث الأول

تعريف القانون وخصائصه

تعريف القانون :

– القانون ، مجموعة القواعد التى تهدف إلى تنظيم الحياة فى الجماعة ، عن طريق تنظيم العلاقات التى تقوم بين أعضاء الجماعة تنظيما مسبقا ، يكفل المجتمع احترامها بالقوة عند الاقتضاء .

والتعريف السابق هو المعنى الأوسع للقانون عموما . فثمة معنى أضيق نطاقاً ، عندما يتصل الأمر بتنظيم نوع معين من أنواع العلاقات بين الأفراد . فإذا قلنا مثلا ، القانون المدنى ، كان القصد مجموعة القواعد التى تنظم المعاملات المدنية فيما بين الأفراد . والقانون التجارى ، مجموعة القواعد التى تنظم العلاقات التجارية بين الأفراد . والقانون الدستورى ، مجموعة القواعد التى تحدد أسس الحكم داخل الدولة .

– والقانون – بالمعنى الذى بسطناه – يتكون من مجموعة من القواعد فالقاعدة القانونية هى الوحدة ، أو الخلية التى يتكون منها القانون والقاعدة القانونية بدورها تتكون من فرض ، وحكم (أو حل) .

وتأكيدا لذلك ، وتفصيلا له ورد بنص م ١٦٣ من القانون المدنى ، مثلا أن كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم فاعله بالتعويض .

الفرض من النص المذكور، كل من يخطئ فيتولد عن خطه ضرر للغير،

والحكم هو التزامه بالتعويض .

وورد بنص م ٢٤٢ من قانون العقوبات ، بأن كل من قتل نفسا عمـــدا ، من غير سبق إصرار ، ولا ترصد ، يعاقب بالأشـــغال الشـــاقة المؤبـــدة ، أو المؤقتة .

والفرض – هنا – كل من يقتل عمدا ، بغير سبق إصرار ، أو ترصـــد ، والحكم هو العقوبة الواردة بالنص .

وسوف نعرض بداية لخصائص القواعد القانونية ، ثم التمييز بينها وبيـــن قواعد السلوك الاجتماعى الأخرى .

أولا – خصائص القاعدة القانونية :

لمّا كان القانون – فيما قدمنا – مجموعة القواعد التى تنظيم الحيـــاة فـــى الجماعة ، وينبغى على الكافة احترامها ، بجزاء توقعه السلطة العامـــة عنـــد الاقتضاء . فإن القاعدة القانونية ، وهى الوحدة التى يتكون منها القانون تتمـــيز بالخصائص القانونية :

١- أنها عامة ، ومجردة .

٢- أنها تنظم السلوك الاجتماعى .

٣- أنها تقترن بجزاء ، مادى ، وحال ، ومنظم .

ونفصل ذلك فيما يلى تباعا :

١- القاعدة القانونية عامة ، ومجردة :

والمقصود بالتجريد، أن القاعدة القانونية لا تخاطب شخصا معينا بالذات، ولا تتعلق بواقعة بعينها . بل أنها تخاطب الأشخاص والوقائع بناء على صفات ، وشرائط ، إذا توافرت، انطبق الحكم الوارد بالقاعدة القانونية ، وبذا، تظل القاعدة القانونية صالحة للتطبيق على جميع من يخضع منهم لحكمها،ولا تستنفد الغرض منها بمجرد تطبيقها . بما يكفل المساواة بين الناس أمام القانون طالما أن الحكم فى القاعدة القانونية لا يختلف من شخص لآخر[١]

وتبعا لذلك ، فإن القرار الصادر بتعيين شخص فى وظيفة معينة لا تعتبر قاعدة قانونية . والقرار الصادر بنزع ملكية عقار معين ، لا يعتبر قاعدة قانونية. والقرار الصادر بالاستيلاء المؤقت على عقار معين لا يعتبر قاعدة قانونية، والقرار الصادر بإغلاق محل تجارى لا يعتبر قاعدة قانونية ، والحكم الصادر عن المحكمة بالتعويض عن العمل غير المشروع الذى ارتكب ، لا يعتبر قاعدة قانونية. وتفسير ذلك ، أن المسائل السابقة تتعلق بأفراد بعينهم ، أو بوقائع بعينها.

وعلى عكس ذلك تعتبر قاعدة قانونية ، النص الذى يقضى بأن كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم فاعله بالتعويض . والذى يقضى بأن شخصية الإنسان تبدأ بتمام ولادته حيا ، وتنتهى بموته - م ٢٩/مدنى . والنص الذى يقضى بأن كل شخص بلغ سن الرشد ، متمتعا بقواه العقلية ، ولم يحجر عليه ، يكون

---

(١) لبيب شنب ، مذكرات فى المدخل لدراسة القانون،١٩٧٦/٧٥،دار النهضة العربية ، ص ٢٣ .

كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية – م ٤٤/مدنى .

أو النص الذى يقضى بأنه تعتبر أموالا عامة ، العقارات ، والمنقولات التى للدولة ، أو للأشخاص الاعتبارية العامة ، والتى تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل ، أو بمقتضى قانون ، أو مرسوم ، أو قرار من الوزير المختص – م٨٧/١ مدنى . والعلة ، أن المسائل السابقة لا تتعلق بشخص معين ، ولا بواقعة بعينها .

وإذا كانت القاعدة القانونية مجردة ، فإنها بالضرورة تكون عامة أى تنطبق على عدد غير محدود من الأشخاص أو الوقائع . وبمعنى آخر فإن العمومية ، تكون نتيجة للتجريد فى القاعدة القانونية .

وننبه بأنه ، ليس المقصود بالعمومية فى القاعدة القانونية ، أنها تضمن خطابا إلى كافة أفراد المجتمع أو أغلب الأفراد . بل إن القاعدة القانونية تكون عامة برغم أنها لا تنطبق إلا على عدد محدود من الأفراد ، أو بعض فئات المجتمع ، طالما أنها تنطبق على كل واحد من هؤلاء إذا توافرت فيه شرائط انطباقها . وعلى ذلك فإن القواعد التى تنظم مهنة المحاماة ، أو الطب ، أو الهندسة ، تعتبر قواعد قانونية ، عامة برغم أنها لا تخاطب سوى فئة محددة من المجتمع ، بصفتهم .

وفضلا عن ذلك توجد قواعد قانونية لا تنطبق إلا على شخص واحد وبرغم ذلك تكتسب صفة العمومية ومن ذلك القوانين التى تحدد سلطات رئيس الدولة ، أو رئيس مجلس الشعب ، مادام أنها لا تخاطبه بذاته بل بصفته ،

فتنطبق على كل من توافرت فيه صفة رئيس الجمهورية أو رئيـــس مجلـس الشعب، وتبقى بعد تطبيقها فى حالة معينة ، لتحكم حالات لا يمكن حصرها .

ويبقى أن نوضح بأنه لا يشترط لاكتساب القاعدة القانونية صفة العموميـة أن توضع لزمن غير محدد . فثمة قوانين عامة برغم أنها معدة للتطبيق خـلال فترة زمنية محددة . بما فى ذلك قوانين إعــلان حالــة الطــوارئ لمواجهــة ظروف الحرب، تنتهى بانتهاء حالة الحرب .

ولا يشترط لاكتساب صفة العمومية ، أن تنطبق القاعدة القانونيــة علــى كل إقليم الدولة ، فثمة قوانين تحكم بعض أجزاء الدولة خصوصا فى قوانيــن البلاد الاتحادية .

٢- القاعدة القانونية ، تنظم السلوك الاجتماعى :

ذكرنا بأن القانون ظاهرة اجتماعية ، دفعت إليــه الحاجــة إلــى تنظيـم العلاقات التى تنشأ بين أفراد المجتمع ، فلا شـــأن للقــانون إلا بالعلاقــات أو الروابط الاجتماعية ، أى التى تتخذ مظهرا خارجيا . وبذا فلا شأن للقانون بما كمن فى النية ، أو الضمير فهذه مسائل نفسية ، باطنية ، تظل بمنأى عن حكـم القانون ، طالما لم يقترن بها أى سلوك خارجى . فـــإذا عــزم شــخص ، أو انتوى قتل آخر ، ولكنه لم يقتله فلا يقع شئ من ذلك تحت طائلـــة القــانون . وإذا عزم شخص على أن يوصى لأحد أقاربه بمال معين لكنـــه توفـــى قبــل تحرير سند الوصية فلا يعتد بمجرد النية أو العزم على الإيصاء .

وليس معنى أن القاعدة القانونية لا تحكم إلا السلوك الخارجى للأفراد أن

القانون لا يرتب أثرا أو نتيجة على النية ، إذا اقترنت بسلوك خارجي .

وبعبارة أخرى فإن النية بذاتها لا تقع تحت حكم القانون . فإن اقترن بـها سلوك خارجي ، فإن القانون يرتب عليها نتائج مهمة . ويقطع في الدلالة على ذلك أن القتل العمد ، إذا اقترن بسبق الإصرار عقوبته أشد من مجرد القتل العمد ، بدون سبق إصرار وأن الحيازة في المنقول سند الحائز ، إذا كان حسن النية ...

٣- القاعدة القانونية تقترن بجزاء :

تتميز القاعدة القانونية بأنها تشتمل على جزاء مادى توقعه السلطة العامة عند الاقتضاء بدونه لا يتسنى احترام القانون ، وتفقد القاعدة القانونية صفة الإلزام . والعلاقة وثيقة بين الجزاء ، والإلزام ولولا الأول ، لما كان الثاني . وبعبارة أخرى ، القواعد القانونية ليست نصائح ، ولا إرشادات [1].

ويختلف الجزاء فى طبيعته باختلاف مضمون القاعدة . فقواعد القانون الجنائي تختلف عن قواعد القانون المدني... فالأول ، يتمثل في العقوبات المالية: الغرامة ، والمصادرة ، أو العقوبات السالبة للحرية : الحبس ، والسجن أو العقوبات الجسدية : الإعدام .

والجزاء في القانون المدني: التنفيذ الجبرى ،أو البطلان أوالفسخ أو التعويض كما تختلف قوة الجزاء من قاعدة إلى أخرى بحسب مدى خطورة المخالفة . واتصالها بكيان المجتمع ، أو مصالحه الأساسية .

---

(١) لبيب شنب ، ص ٢٥ ، بند ١٧.

فالجزاء على جرائم القتل ، أشد من مخالفة المرور مثلا . والجزاء على تخلف ركن من أركان العقد ، هو البطلان المطلق ، بينما الجزاء على تخلف شرط من شروط صحة العقد ، هو البطلان النسبى ، والأول أشد من الثانى.

ويتميز الجزاء فى القاعدة القانونية عن غيرها من القواعد الأخرى بأنه مادى ، وحال ، ومنظم له عدة صور، على التفصيل الآتى بيانه .

١ – الجزاء فى القاعدة القانونية مادى ، وحال ، ومنظم :

الجزاء ، هو النتيجة التى تترتب على مخالفة القاعدة القانونية ولذا ، فهو مادى، أو حسى ويختلف بالتالى عن الجزاء على مخالفة قواعد الأخلاق ، أو المجاملات ، ويتمثل فى تأنيب الضمير أو استهجان المجتمع .

والجزاء فى القاعدة القانونية حال . والمقصود أنه يطبق بمجرد حدوث المخالفة ، وبذا يتميز الجزاء فى القاعدة القانونية عن الجزاء فى القواعد الدينية وفيها فإن الجزاء مؤجل ، أو أخروى .

وأخيرا فإن الجزاء فى القاعدة القانونية منظم :

والمعنى أن السلطة العامة هى التى تتولاه . وبهذه الخاصية تتميز المجتمعات المعاصرة عن المجتمعات البدائية ، حين كان الشخص يقتضى حقه بنفسه أو بالتضامن مع أفراد أسرته أو عشيرته .

وقد يحتج على ذلك بوجود بعض الاستثناءات التى يقتضى فيها الشخص حقه بنفسه بما فى ذلك – فى نطاق قانون العقوبات – الدفاع الشرعى الذى

يخول لمن تعرض لتهديد محدق فى شخصه، أو ماله، أن يرد الاعتداء بالقوة.

وفى نطاق القانون المدنى ، الحق فى الحبس الذى يخول للدائن أن يحبس أموال المدين لدين لحين استيفاء حق له فى مواجهته فيمتنع البائع مثـــلا عـــن تسليم الجزء الباقى من البضاعة لحين قيام المشترى بدفع بقية الثمن .

وهذه الاستثناءات، تقررت لأغراض محددة، وتؤكد القاعدة، ولا تنفيها.

٢- صور الجزاء فى القاعدة القانونية :

تنقسم الجزاءات ، إلى أنواع ثلاثـــة بحسب مضمون القاعـــدة لقانونيـــة موضوع المخالفة.فمخالفة قواعد القانون الجنائى تستتبع توقيع الجزاء الجنائى، ومخالفة قواعد القانون الإدارى تستوجب توقيـــع الجـــزاء الإدارى. ومخالفـــة قواعد القانون المدنى تستوجب توقيع الجزاء المدنى.على التفصيل الآتى بيانه:

أ- الجزاء الجنائى :

- هو الأثر المترتب على ارتكاب فعل من الأفعال التى يجرمها القـــانون الجنائى ، وهو أشد الجزاءات المعروفة فى القانون، لأن الجريمة إخلال بنظـام المجتمع ، فيتعين أن تواجه بعقوبة تتناسب مع درجة الإخلال .

- والجزاء فى القانون الجنائى يقوم بوظيفة مزدوجـــة ، هـــى المنـــع ، والزجر . **والأولى** ، وقائية قبل وقوع الجريمة . **والثانية** ، بعـــد وقوعـــها . وبعبارة أخرى الخشية من العقوبة ، تمنع الأفراد مـــن ارتكـــاب الجريمـــة ، وتعرض المجرم للعقوبة ، إذا ارتكب الجريمة ، يزجره عن العودة إليها .

- ونلفت النظر بأن ارتكاب الجريمة لا يعرض المجـــرم فقــط للجــزاء الجنائى . فبعض الجرائم تولد الحق فى الجزاء المدنى ، بتعويض المضـــرور عن الأضرار التى نشأت عن الجريمة . ومثال ذلك الجرائم التى تمس النظــام الاجتماعى ، والحق الخاص لآحاد الناس مثل السرقة ، والقتـــل ، والضـــرب ...... ونحو ذلك . وفى هذه الجرائم وغيرها يتعرض المجـــرم إلـــى جــانب الجزاء الجنائى ، وهو حق للمجتمع ، لتوقيع جزاء مدنى بهدف جبر الضـــرر الذى سببته الجريمة وهو حق للمضرور ... كالدعوى التـــى يرفعـــها ورثـــة المجنى عليه فى جريمة القتل بالتعويض عن الضرر المادى والأدبـــى الــذى سببه قتل مورثهم . والدعوى التى يرفعها المجنى عليه - فى جريمة السرقة - باسترداد المسروقات أو بالتعويض عن قيمتها .

ب- الجزاء المدنى :

هو الأثر ، أو النتيجة المترتبة عن الاعتداء على حق خاص . سواء فـــى نطاق المعاملات المدنية، أو حتى التجارية بما فى ذلك مثلا، التنفيذ الجـبرى، والبطلان ، والفسخ ، والتعويض ، على النحو الآتى :

أ- التنفيذ الجبرى :

إذا امتنع المدين عن تنفيذ التزامه بمبلغ من النقود مثـــلا أمكـــن التنفيــذ الجـــبرى على أموال المدين لكى يستوفى الدائن حقه من حصيلة بيعها باتبــاع الإجراءات التى رسمها القانون .

ومن ذلك أيضا، طرد المستأجر ، الذى أخل بالتزام من التزامات عقد الإيجار

وأهمها دفع الأجرة . فالتنفيذ الجبرى إذن هو إجبار الشخص على ما لم يقم به مختارا ، إذا توافرت شروط معينة .

ب- البطلان :

هو الجـــزاء الذى يترتب على مخالفـــة قواعـــد انعقاد العقد من أركان ، وشروط وتفسير ذلك أن المشرع قد نص على أركان لا ينعقد العقد بدونها هى الرضاء ، والمحل ، والسبب ، والشكل فى العقود الشكلية ، فإذا تخلف ركـــن منها،كان العقد باطلا بطلانا مطلقا .

وتطبيقا لذلك ، إذا أبرم عديم الأهلية (بسبب السن ، أو المرض العقلـــى) عقد من العقود.فإن ركن الرضا " الإرادة " لا يتحقق فيعتبر العقد باطلا بطلانا مطلقا ، أى كأنه لم يكن . وإذا أبرم الرهن بدون ورقة رسمية، كان باطلا[1] .

ويشترط المشرع لصحة العقد ، أن تكون إرادة المتعاقدين ، خاليـــة مـــن عيوب الإرادة، وألا يبرمه ناقص الأهلية.وعيوب الإرادة هى الغلط والتدليس، والإكراه ، والاستغلال .

فإذا أبرم العقد ، ناقص أهلية ، أو شاب إرادة أحد المتعاقدين عيب مـــن عيوب الإرادة، فإن العقد يكون باطلا بطلانا نسبيا أى أن العقد يكون صحيحـا ولكنه مهدد بالزوال، إذا تمسك به من وضع البطلان لمصلحته" ناقص الأهليـــة - أو من تعيبت إرادته بعيب من عيوب الإرادة " .

---

(١)والرسمية ، انعقاد العقد بمحرر على يد موظف مختص ، هو الموثق .

ج- الفسخ :

إذا كان البطلان - على ما قدمنا - جزاء مخالفة قواعد انعقـــاد العقـد، أركانه، وشروطه ، فإن الفسخ - جزاء مخالفة قواعد تنفيذ العقد . فالفسخ على عكس البطلان - يفترض أن العقد ، أبرم صحيحا ، وتوافرت أركان انعقـاده ، وشرائط صحته ، ولكن تخلف أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه فيجوز للمتعاقد الأخر ، المطالبة بفسخ العقد ، أى اعتبار العقد منهيا بأثر رجعى .

ومثال ذلك ، أن يتخلف المشترى عن دفع ثمن المبيع ، فيجـــوز للبـــائع المطالبة بفسخ عقد البيـــع . وإذا تخلف المقـــاول عن آداء العمل ، كان لرب العمل المطالبة بفسخ عقد المقاولة .... وهكذا .

د- التعويض :

التعويض ، هو الأثر أو النتيجة المترتبة على العمل غـــير المشـــروع . بمعنى أنه ، إذا ارتكب شخص خطأ سبب ضررا للغير ، يحكم عليـــه بمبلـــغ نقدى لإصلاح الضرر الذى تولد عن الخطأ ، يسمى بالتعويض .

وقد يكون التعويض مباشرا ، أو غير مباشر " بمقابل " ومثـــال الأولـــى إلزام قائد المركبة بدفع تعويض عن الإصابة التى أوقعها بأحد المارة ، بينمـــا التعويض غير المباشر ، لا يطبق إلا إذا تخلف شرط من شروط التنفيذ العينى للالتزام[1] . ومثال ذلك ، أن يتعهد رسام بعمل لوحة فنية ثـــم يتخلـــف عـــن الوفاء بالتزامه . فلا يمكن إجباره على التنفيذ ، لما يمثله ذلك مـــن المســـاس

(١) أن يكون ممكنا ، وغير مرهق للمدين ، ولا يتصل بشخصية المدين ، وبعد إعذاره .

بالتزامه . فلا يمكن إجباره على التنفيذ ، لما يمثله ذلك من المساس بحريته الشخصية . فلا يتبقى سوى التنفيذ بمقابل " أى عن طريق التعويض للدائن بمبلغ نقدى عن الأضرار التى لحقته عن عدم التنفيذ .

ثانيا – التمييز بين القواعد القانونية وبين غيرها من القواعد الاجتماعية :

قد تختلط القواعد القانونية ، أو تتشابه مع غيرها من القواعد الأخرى التى تنظم سلوك الأفراد داخل المجتمع بما فى ذلك قواعد الدين والأخلاق والمجاملات . ولذا ، يثور التساؤل عن معيار التمييز بين القواعد القانونية ، وبين غيرها من القواعد الاجتماعية الأخرى .

وفيما يلى ، نميز بين القواعد القانونية ، والقواعد الدينية ، ثم بين القواعد القانونية ، وقواعد الأخلاق ، والمجاملات .

١- القواعد القانونية والقواعد الدينية :

اندمج الدين بالقانون فى المجتمعات البدائية،فكانت أغلب القواعد القانونية مستمدة من الدين ، وكانت سلطة القضاء فى يد رجال الدين ثم انفصل القانون عن الدين ، بحيث استقل كل منهما بقواعد متميزة عن الأخرى .

وحقيقة الأمر أن قواعد الدين أوسع نطاقا من القواعد القانونية . فالأولى تنظم علاقة الإنسان بخالقه فى أمور العقيدة ، وعلاقته بنفسه فيما يتعلق بالفضائل ، وعلاقته بغيره فيما يتصل بالمعاملات . بينما لا ينظم القانون – فيما رأينا – سوى علاقة الإنسان بغيره فى المجتمع .. ولا شأن للقانون

بعلاقة الإنسان بربه ، ولا بعلاقته بنفسه . وبعبارة أخرى لا تشترك القواعد القانونية بالدين إلا في المعاملات .

كما تتميز قواعد القانون عن قواعد الدين حتى في النطاق الذى يشتركان فيه ، من حيث أن الجزاء في الأولى حال ، توقعه السلطة العامة عند الاقتضاء . وفى الثانية مؤجل إلى ما بعد الوفاة يوقعه الله . ما لم تندمج القاعدة الدينية بالقاعدة القانونية ، فيصبح لها جزاءان ، أحدهما في الدنيا ، والآخر في الآخرة .

ونلفت النظر بأن الاختلاف بين قواعد القانون وقواعد الدين ، لا يعنى بالضرورة أنهما متعارضان . فأغلب الأفعال التى يحرمها القانون بما في ذلك القتل، والسرقة، وخيانة الأمانة ، وعدم الوفاء بالعهد المقطوع، يحرمها الدين.

كما أن بعض المجتمعات لا تزال تترك للدين تنظيم علاقات الأسرة ، كما هو الحال في مصر ، فقواعد الزواج ، والطلاق ، والحضانة ، والرضاعة، والنفقة ، وغيرها من مسائل الأسرة ، تستمد جذورها من الدين على ما سنرى تفصيلا .

٢- القواعد القانونية ، ومبادئ الأخلاق :

الأخلاق ، مجموعة القواعد التى تحض على الخير ، وتنهى عن الشر ، وتنحو إلى تحقيق المثل الأعلى لخير الإنسانية [1] والأخلاق نسبيه تختلف من شخص لآخر ، ومن مجتمع لآخر .

---

(١) سليمان مرقس ، المدخل للعلوم القانونية ، ١٩٦٧ ، ص ٢١ .

وقواعد الأخلاق أوسع نطاقا من قواعد القانون . فالأولى تشمل أعمـــال الناس الباطنة (النية ، والضمير) والظاهرة (السلوك) بينما لا يهتم القـــانون إلا بالسلوك الاجتماعى ، فى علاقة الإنسان بغيره .

وعلى ذلك فثمة قواعد أخلاقية لا شأن للقـــانون بـــها ، مثـــل البخـــل ، والنميمة ، والحقد ، أو الحسد ....وما إلى ذلك .

وأخيرا ، فإن الجزاء على مخالفة قواعـــد الأخـــلاق أدبـــى أو معنـــوى ينحصر فى تأنيب الضمير ، أو فى استهجان المجتمع بينمـــا جـــزاء القواعـــد القانونية فيما رأينا مادى محسوس .

وبرغم الاختلاف بين القواعد القانونية ، وقواعد الأخلاق ، فإننا نـــوى أن أغلب قواعد القانون ، مصدرها الأخلاق بما فى ذلك احترام العهد المقطـــوع ، وتنفيذ الالتزام التعاقدى على وجه يتفق وشرف التعـــامل ومقتضيـــات حســـن النية. وقاعدته أنه لا يجوز للإنسان أن يضر بغيره ، ولا يجوز للإنســـان أن يثرى على حساب الغير دون سبب ...

وهناك قواعد قانونية لا علاقة لها بالأخلاق ، بما فى ذلك قوانيـــن قيـــد المواليد ، والسجلات ، وقوانين الشهر العقارى ....وأخيرا ، فـــهناك مســـائل تتعارض فيها القاعدة القانونية مع المبادئ الخلقية لاعتبارات عمليـــة . ومـــن ذلك مثلا ، أن القانون يشرع الغصب ، عندما يسمح بأن يتحول وضـــع اليـــد على مال الغير سببا لكسب ملكيته ، بدون رضاء الغير ، وبأن مضـــى المـــدة سببا لسقوط الحق ، بما يعد خروجا على الأخلاق .

المبحث الثانى

أنواع القواعد القانونية

- تقسيم :

تنقسم القواعد القانونية إلى عدة أقسام بحسب الأساس الذى يقوم عليه كل قسم . فمن حيث مدى قوة الإلزام فيها ، تنقسم إلى قواعد آمرة ، وقواعد مكملة .

ومن حيث الهدف من القاعدة القانونية تنقسم إلى قواعد موضوعية ، وقواعد إجرائية . وتنقسم القواعد الموضوعية بدورها ، بالنظر إلى أطراف العلاقة القانونية إلى قواعد قانون عام ، وقواعد قانون خاص . ونفصل ذلك كالآتى :

المطلب الأول

القواعد الآمرة ، والقواعد المكملة

١- تعريف :

ذكرنا بأن القواعد القانونية تنقسم بحسب مدى قوة الإلزام فيها إلى قواعد آمرة ، وقواعد مكملة .

أما القواعد الآمرة ، فهى قواعد يجب الالتزام بها دائما ، وبصفة مطلقة وبعبارة أخرى ، لا يجوز الاتفاق على ما يخالف أحكامها ، وإلا وقع الاتفاق

باطلا بطلانا مطلقا ، أى كأنه لم يكن . ومثال ذلك القاعدة القانونية التى تحـرم القتل ، قاعدة آمرة يجب الانصياع لحكمها بصورة دائمة ، ومطلقه فإذا وقـع اتفاق بين شخصين على أن يقوم أحدهما بقتل الآخر فهو اتفـاق بـاطل ، ولا أثر له ولا يحول دون توقيع العقوبة الجنائية على القاتل ، حتـى ولـو كـان الاتفاق بدافع الرحمة ، أو الشفقة على المجنى عليه ، لتخليصه مـن عـذاب المرض مثلا . وكذلك ، الحال بالنسبة لسائر القواعد التى تحـرم السـرقة ، والضرب ، وخيانة الأمانة ... ونحو ذلك .

ومن أمثلة القواعد الآمرة فى القانون المدنى ، القاعدة التـى تحظـر أن يكون محل العقد ، أو سببه مخالفا للنظام العام - والقاعدة التى تحظـر علـى القضاة ، وأعضاء النيابة ، والمحامين ، والكتبة ، والمحضرين شـراء الحـق المتنازع فيه كله ، أو بعضه إذا كان النظر فى النزاع يدخـل ولايـة الجهـة القضائية التى يباشرون أعمالهم فى دائرتها (م٤٧١ مدنى) والقاعدة التى تحرم على المحامين التعامل مع موكليهم فى الحق المتنازع فيه ، والموكول إليـهم الدفاع عنه (م٤٧٢ مدنى) . والقاعدة التى تحظر تقاضى فوائد تزيد علـى ٧% (م٢٢٧/مدنى) والقاعدة التى تقضى بعدم جواز احتفاظ البائع عند البيع بحـق استرداد المبيع خلال مدة معينة ، وإلا وقع البيع باطلا (م٤٦٥ / مدنى) .

أما القواعد المكملة ، فهى القواعد التى يجوز الاتفاق على مـا يخـالف أحكامها فإذا لم يتفق أطراف العلاقة التعاقدية على حكم مخالف لـها ، كـانت قواعد ملزمة ، ومثال ذلك القاعدة التى تقرر أن للبائع تسليم المبيع للمشـترى بحالته التى كانت عليها وقت البيع (م٤٣١ مدنى) قاعدة مكملة ، يجوز الاتفـاق

على ما يخالف حكمها ، بتشديد التزام البائع بتسليم المبيع بحالة ممتـــازة ، لا بحالته وقت البيع . فإذا لم يقع مثل هذا الاتفاق . تعين التسليم بالحكم الـــوارد بالنص بحيث يلتزم البائع بتسليم المبيع بحالته التى كان عليها وقت البيع .

والقاعدة التى تقضى بأن الثمن يكون مستحق الوفاء فى المكـــان الـــذى يسلم فيه المبيع (م٤٥٦ مدنى) قاعدة مكملة بحيث يكـــون لأطـــراف العلاقـــة التعاقدية الاتفاق على حكم مخالف لهما ، كأن يكون الثمن مستحق الوفاء فـــى موطن البائع، أو فى موطن المشترى فإن لم يوجد مثل هذا الاتفـــاق ، تعيـــن تطبيق الحكم الوارد بالنص ويعتبر أيضا قواعد مكمل، النص بأن ثمن المبيـــع، يدفع فى وقت تسليمه (م٤٥٧ مدنى) .

والقاعدة التى تقضى بأن نفقات عقد البيع ورسوم الدمغـــة ، والتســـجيل تكون على المشترى (م٤٦٢ مدنى) .

ونخلص مما تقدم إذن أن القواعد الآمرة تنطبق سواء وجد اتفاق علـــى خلافها ، أو لم يوجد بينما لا تنطبق القواعد المكملة إلا فى حالة عدم الاتفـــاق على ما يخالف أحكامها .

وبعبارة أخرى ، فالقواعد المكملة ، كـــالآمرة ملزمـــة ، وليـــس هنـــاك اختلاف بينها فى الإلزام ذاته ، فكل منها قاعدة قانونية . والقواعـــد القانونيـــة ملزمة بطبيعتها . ولكن الاختلاف بينهما فى مدى ، أو فى درجـــة الإلـــزام . وإمكانية الاتفاق على حكم يخالف القواعد المكملة، لا يجيز أن يثير التساؤل .

لا يجيز أن يثير الشك حول إلزاميتها ، فهى ملزمة ، شأنها شأن القواعد

الآمرة . ولكن الإلزام فيها مشروط بعدم وجود اتفاق مخالف .

وقد اتجه البعض[1] فى تفسير ذلك إلى القول بأن القواعد المكملة تمـــر عند تطبيقها بمرحلتين : الأولى ، قبل الاتفاق على حكم مخالف لها ، فتكـــون غير ملزمة . والثانية ، هى المرحلة اللاحقة لهذا الاتفاق فتكون ملزمـــة ، إذا لم يقع اتفاق مخالف . فهى غير ملزمة ابتداء ، وملزمة انتهاء . وهـــو رأى لا يمكن قبوله إذ كيف تكون القاعدة الواحدة غير ملزمة ، وملزمة فى آن واحد . كما أن القول بوجود قواعد قانونية غير ملزمة ، يخلط بين القواعد القانونيـــة ، وغيرها من القواعد الأخرى التى تنظم السلوك الاجتماعى للأفراد .

وحقيقة الأمر أن القواعد المكملة قواعد ملزمة ابتداء ، وانتهاء شأنها فى ذلك شأن القواعد الآمرة ، ولكنها لا تنطبق إلا إذا اكتملت شروط تطبيقـــها ، ومنها عدم وجود اتفاق مخالف . فإذا تحقق هذا الشرط انطبق حكم القـــاعدة ، أما إذا لم يتحقق هذا الشرط ، فلا تنطبق القاعدة ليس لأنها غير ملزمة . وإنما لعدم توافر شروط تطبيقها .

وبعبارة أخرى ، فإن الإلزام فى القواعد المكملة مشروط ، بعدم وجـــود اتفاق يخالفها . وغير مشروط فى القواعد الآمرة .

فإذا سلمنا ، بأن القواعد المكملة كالآمرة ملزمة ، والاختلاف بينهما فقـط فى مدي الإلزام أو درجته . فإن التساؤل يتبادر إلى الذهن عن العلـــة التـــى جعلت بعض قواعد القانون آمرة ، أى ملزمة بصفة مطلقة وبعضها الآخـــر ،

---

(1) سليمان مرقس ، المدخل للعلوم القانونية ، ١٩٦٧ ، ص ٣٥ ، بند٢١ .

مكلة ، لا تنطبق إلا بشرط هو عدم وجود اتفاق نخالف . وحقيقـة الأمـر أن طبيعة العلاقات التى تنظمها القواعد القانونية تسـتتبع بـالضرورة أن يكـون تنظيم المشرع لهما آمرا ، لأنها تتصل بكيان المجتمع ، ومصالحه الأساسـية . ويضرب الفقه مثلا على ذلك،بعلاقات الأسرة ، وهـى الخليـة الأولـى فـى المجتمع ، لذا حرص المشرع على أن يأتى تنظيمه لهما بقواعد آمره،لا يصـح الاتفـاق على ما يخالف أحكامها ، بما فى ذلك الزواج ، والطلاق ، والنفقـة ، والرضاعة ، والحضانة ... ونحو ذلك .

فإذا كانت طبيعة العلاقة لا تتصل بكيان المجتمع ، أو أغلب أفـواده ، أو تهم مصالح خاصة ، كان تنظيم المشرع لها بقواعد مكملة ذلك أن موضـــوع العلاقة يهم الأفراد أنفسهم ، وهم الأقدر على تدارك مصالحهم . فتقـوم هـذه القواعد بتكملة النقص فى الاتفاق ، بحيث إذا لم يتم الاتفاق على حكم آخـر ، تعين الالتزام بما ورد فى القاعدة . لذا سميت بالقواعد المكملة .

٢- معيار التمييز بين القواعد الآمرة ، والقواعد المكملة :

إذا كان الاتفاق على مخالفة القواعد **الآمرة** ، بطلا بطلانا مطلقا ، بينمـا يجوز الاتفاق على مخالفة القواعد المكملة . فإن التساؤل عن معيـار التميـيز بين نوعى القواعد يصبح مهما، لمعرفة ما إذا كان الاتفاق باطلا أو صحيحـا . وهناك معياران للتمييز بين نوعى القواعد . **المعيار الأول** شكلى ، أو لفظـى . **والثانى** معيار موضوعى أو معنوى . وتفصيل ذلك على النحو الآتى :

أولا : المعيار الشكلى أو اللفظى :

يستمد هذا المعيار ، من عبارات وألفاظ القاعدة، لـذا سـمى بالمعيـار اللفظى. وفيه ، إذا أفصح المشرع صراحة عن قصده فـى تحريـم الاتفـاق المخالف لحكم القاعدة، كانت آمرة ، فإذا تضمن النص ما يفيد جواز الاتفـاق على مخالفته، كانت القاعدة مكملة . ومثال القواعـد الآمـرة ، طبقـا لـهذا المعيار ، ما يلى: " لا يجوز للقضاة، ولا لأعضاء النيابة، ولا للمحـامين ، ولا لكتبة المحاكم، ولا للمحضرين أن يشتروا لا بأسمائهم،ولا باسم مستعار الحـق المتنازع فيه، كله، أو بعضه إذا كان النظر فى النزاع يدخل فـى اختصـاص المحكمة التى يباشرون أعمالهم فى دائرتها ، وإلا كان البيع بـاطلا . (م٤٧١) فألفاظ النص قاطعة فى الدلالة على أن القاعدة آمرة .

وكذا ، ما ورد بالمادة ٢/٢٢٢ مدنى ، بأنه لا يجوز الحكم بتعويـض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جـراء مـوت المصاب .

والنص بالمادة١٠٣١/١ مدنى بأنه لا ينعقد الرهـن إلا إذا كـان بورقـة رسمية. والنص بالمادة ١/٥١٥ مدنى على أنه إذا اتفق على أن أحد الشـركاء لا يساهم فى أرباح الشركة أو فى خسائرها ، كان عقد الشركة باطلا .

ولا ريب بأن استخدام عبارات من نوع ... وإلا وقع البيع باطلا ، أو لا يجوز ، أو لا ينعقد ، تقطع فى اعتبار القاعدة آمرة .

كما يستدل على القـواعد الآمرة ، أن تقترن بجزاء جنائى . بمعنى أنه

إذا ورد النص وقرر جزاء جنائيا على مخالفة حكمه ، كانت القاعدة آمـــرة . ومثال ذلك أغلب قواعد قانون العمل ، تقترن بجزاء مادى يوقع على صـاحب العمل أو العامل عند مخالفة الحكم الوارد بها . فتعتبر لذلك قواعد آمرة .

ومن أمثلة القواعد المكملة ، أخذا بالمعيار الشكلى ، ما يلى :

يكون الثمن مستحق الوفاء فى المكان الذى سلم فيه المبيع ، ما لم يوجـد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك (م٤٥٦/١ مدنى) .

والنص على أنه المؤجر يتعهد العين المؤجرة بالصيانة... ما لم يقضى الاتفاق بغيره (م٥٦٧/ مدنى) .

والنص على أنه لا تضامن بين الشركاء فيما يلزم كل منهم مـن ديـون الشركة ما لم يتفق على خلاف ذلك (م٥٢٤/مدنى) .

ثانيا : المعيار الموضوعى (النظام العام ، أو الآداب) :

مشكلة التمييز بين القواعد الآمرة ، والقواعد المكملة تتضح جلية إذا لـم ترد عبارات النص وألفاظه قاطعة أو صريحة فى الدلالة عما إذا كان يتضمـن قاعدة آمرة ، أو قاعدة مكملة . فينبغى عندئذ ، الأخذ بالمعيـار الموضوعـى الذى يقوم على النظر إلى الأساس الذى انبنى عليه الحكم الوارد بـالنص . أى **بحسب ما إذا اتصل النص بكيان المجتمع أو مصالحه الأساسية فيمـا يسـمى بالنظام العام ، أو الآداب أو لم يتصل . وفى الحالة الأولى ، تكـون القواعـد آمرة ، وفى الثانية تكون مكملة .**

لكن التساؤل يثور عن المقصود بالنظام العام والآداب ؟ ونبـــادر إلـــى التنويه – فى البداية – بصعوبة القول بتعريف محدد للنظـــام العـــام ، والآداب فالفكرة نسبية ، تختلف من مجتمع لآخر بل تختلف فى المجتمع الواحـــد مـــن زمن لآخر . والقدر المتيقن أن النظام العام ، مجموعـــة الأســـس السياســـية والاقتصادية والاجتماعية التى يقوم عليها مجتمع معين فى وقت محدد . أمـــا الآداب فيقصد بها الأساس الخلقى الذى يرتكز عليه نظام المجتمع .

قلنا أن النظام العام أو الآداب ، نسبية تختلف من مجتمع لآخر ، ومثـــال ذلك ، تعدد الزوجات فى مصر بالنسبة للزوج المسلم ، تعتبر قاعدة من النظـــام العام ، بحيث يقع الاتـــفاق على مخالفتها باطلا . بينمـــا يعتبر زواج الرجـــل بأكثر من زوجة جريمة يعاقب عليها القانون فى تشريعات الدول الغربية .

كذا ، فإن للمسلم إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة ، وهى قاعدة من النظـــام العام فى مصر ، بينما تعتبر مخالفة للنظام العام فى قوانين الدول الغربية.

ويختلف المقصود بالنظام العام فى داخل الدولة الواحدة من زمن لآخر . فالرق ، مثلا ، لم يكن يخالف النظام العام فى مصر ، قديما ، وفـــى الوقـــت الحالى، مخالف للنظام العام ، وكذا الحال بالنسبة للتأمين على الحيـــاة كـــان مخالفا للنظام العام فى مصر قديما ، والآن أصبح مشروعا .

بقى أن نوضح بأن أغلب قواعد القانون العام من النظام العام لاتصـــال قواعد هذا القانون بنظام الدولة من النواحى السياسية والدستورية، والإداريـــة ، والمالية . بينما يختلف الأمر – فى نطاق القانون الخاص . فبينمـــا نـــرى أن

أغلب قواعد الأحوال الشخصية " نظام الأسرة " من النظام العام بحيث يقع الاتفاق على ما يخالفها باطلا بطلانا مطلقا، وذلك لتعلق هذه القواعد بالأسرة، وهى الخلية الأساسية للمجتمع . ونرى بأن فكرة النظام العام فى نطاق المعاملات المالية أقل نطاقا . فيأتى أغلبها كقواعد مكملة لإرادة أطراف العلاقة التعاقدية لتعلقها بمصالح خاصة . فيما عدا القواعد الخاصة بشكل التصرفات القانونية ، أو بحماية أحد أطراف العلاقة التعاقدية ، أو القواعد المنظمة للائتمان العام .

المطلب الثانى

القانون الموضوعى ، والقانون الإجرائى

يمكن تقسيم القانون من حيث طبيعة العلاقات التى تحكمها إلى قوانين موضوعية ، تحدد الحقوق ، والواجبات ومصادرها ، وآثارها ، وانتقالها وانقضائها . وقوانين لإجرائية لا تقوم بتنظيم العلاقات القانونية ، بل ترسم الإجراءات التى يجب اتباعها لأجل احترام القواعد الموضوعية وحماية الحقوق التى تنظمها ، ومثال الأول ، القانون المدنى ، والقانون التجارى ، والقانون الدولى العام ، والقانون الإدارى ... الخ . ومثال الثانية ، قانون المرافعات المدنية والتجارية ، والقانون الدولى الخاص ، وقانون الإجراءات الجنائية .

ونعرض بداية القانون الإجرائى ، ثم للقانون الموضوعى :

المحور الأول : ١- القانون الإجرائى :

مجموعة القواعد التى ترسم الإجراءات التى يتعين اتباعها لأجل ضمان وحماية القواعد الموضوعية وأهم فروع القانون الإجرائى ، تتمثل فى قانون المرافعات المدنية والتجارية والقانون الدولى الخاص ، وقانون الإجراءات الجنائية .

ونتناول كل منهم فيما يلى :

١- قانون المرافعات :

قانون المرافعات ، هو مجموعة القواعد التى تنظم سير الخصومة ، أو التى ترسم إجراءات سير التقاضى على الحقوق الخاصة .

ويتناول قانون المرافعات عدة مسائل ، تهدف ، إلى ضمان تطبيق القوانين المدنية ، والتجارية لذا سمى بقانون المرافعات المدنية والتجارية .

وأهم المسائل التى يتناولها قانون المرافعات [1] بيان الإجراءات التى يجب اتباعها عند المنازعة ، أو عند الاعتداء على حق من الحقوق الخاصة بداية من رفع الدعوى أمام المحكمة المختصة ، إلى حين صدور الحكم فى الدعوى ، وتنفيذه ، فيبين كيفية إعلان الخصوم، وتحديد موعد لنظر الدعوى، وتقديم الطلبات ، وسماع الشهود ، وتقديم المستندات . ثم طرق الطعن فى الحكم ، إذا كان قابلاً للطعن فيه ثم كيفية تنفيذ الأحكام،والسندات الرسمية،بما

---

(١) حسن كيره ، أصول القانون ، ط٢ ، ص ١٠٠ وما بعدها .

فى ذلك القواعد الخاصة بحجز المنقولات ، وحجز ما للمدين لـــدى الغــير ، والتنفيذ على العقار .

(٢) كما يشتمل قانـــون المرافعات المدنية والتجاريـــة علـــى نصـــوص تعلق بنظام القضاء ، ببيان أنـــواع المحـــاكم ، وكيفيـــة تشـــكيلها ، وحـــدود اختصاصها ، كما يعين حقوق وواجبات القضاة ، وقواعد تعيينهم وترقيتـــهم ، ونقلهم ، وعزلهم .

ويبين مما تقدم أن قواعد قانون المرافعات لا تقرر حقوقا ، ولا تفـــرض التزامات على الأفراد ، أنه يشتمل على قواعد شكلية أو إجرائيـــة ، لضمـــان حماية الحقوق، والتى تقرزها القواعد الموضوعية فى نطاق القانون الخـــاص . وأغلب قواعده آمرة ، لتعلقه بتنظيم مرفق عام هو القضاء ، وإن اشتمل مـــع ذلك على قواعد مكملة ، مثل قواعد الاختصاص المكانى للمحـــاكم . بقـــى أن نوضح أن تعلق قانون ن المرافعات بالسلطة القضائية ، وهى إحدى الســـلطات الثلاث فى الدولة ، دفع البعض للقول بأنه فرع من فروع القانون العام ، بينمـــا يرى البعض الآخر بأنه مختلط بين قواعد القانون العـــام " تنظيـــم الســـلطات القضائية " والقانون الخاص " بتحديده لإجراءات حماية الحقوق الخاصة .

٢- القانون الدولى الخاص :

القانون الدولى الخاص ، مجموعة القواعد التى تبين القـــانون الواجـــب التطبيق، والمحكمة المختصة بالفصل فى المنازعات الناشئة عـــن العلاقـــات ذات العنصر الأجنبى .

فالقانون الدولى الخاص إذن لا يتعلق سوى بالعلاقات ذات العنصر الأجنبى بمعنى أنه إذا أبرم عقد بيع بين بائع مصرى ، ومشترى مصرى ، والمبيع فى مصر ، فلا شأن للقانون الدولى الخاص بهذه المسألة . أما إذا أبرم مصرى ، وأمريكى على بضائع فى ميناء مرسيليا ، بفرنسا مثلا ، فإن التساؤل يثور بصدد المحكمة المختصة بنظر النزاعات التى قد تنشأ عن عقد البيع ، والمحكمة المختصة بنظر النزاع . ذلك أن العلاقة ليست وطنية فى جميع عناصرها . لذا ، فإن قواعد القانون الدولى الخاص ، هى التى تحدد المحكمة المختصة ، والقانون الواجب التطبيق على المنازعة .

القانون الدولى الخاص يشتمل على مجموعة من القواعد **الأول** ، وتسمى بقواعد تنازع الاختصاص القضائى ، أى التى تحدد المحاكم المختصة بنظر المنازعات ذات العنصر الأجنبى .

والثانى ، قواعد تنازع القوانين ، أى التى تبين القانون الواجب التطبيق من بين قوانين الدول المختلفة فى العلاقة ذات العنصر الأجنبى .

أما المسألة الثانية ، فهى أن قواعد القانون الدولى الخاص ليست قواعد موضوعية بل قواعد شكلية ، أو إجرائية ، شأنها فى ذلك شأن قانون المرافعات. ذلك أنها لا تفصل فى المنازعة ذات العنصر الأجنبى وإنما تقتصر وظيفتها على تحديد ما إذا كان نظر النزاع يدخل فى اختصاص المحاكم الوطنية أم لا ؟ وفى الحالة الأولى، فما هو القانون الواجب التطبيق ؟ أما حكم المنازعة ذاته ، فطبقا لما يشير إليه القانون الذى ينطبق عليها .

وفضلا عما تقدم ، فقد حرى الشراح على إدخال طائفتين من القواعد الموضوعية ضمن نطاق القانون الدولى الخاص هما : الجنسية والقواعد التى تحدد مركز الأجانب فى الدولة .

٣- قانون الإجراءات الجنائية :

هو مجموعة القواعد التى تبين كيفية تشكيل المحاكم ، وتحدد اختصاصات كل منها ، والإجراءات الواجب اتباعها منذ وقوع الجريمة ، إلى حين تنفيذ الحكم على الجانى . وتضم على وجه الخصوص :

- إجراءات الاستدلال والتحرى ، أى جمع أدلة الجريمة بهدف التعرف على الجانى .
- إجراءات التحقيق مع المتهم،تمهيدا لإحالة الدعوى إلى المحكمة أوالتقرير بعدم وجود وجه لإقامتها. ومن ذلك مثلا القبض على المتهم ، واستجوابه أو سماع أقوال الشهود ، وتفتيش المنزل .
- إجراءات المحاكمة وكيفية رفع الدعوى الجنائية من قبل سلطة التحقيق .
- إجراءات إصدار الحكم الجنائى، والطعن فيه من قبل النيابة العامة والجانى، والمواعيد المحددة لذلك ..
- ثم إجراءات التنفيذ العقابى .

ومن ذلك يتضح بأن قانون الإجراءات الجنائية قانون إجرائى ، يهدف إلى إعمال حكم القواعد الموضوعية المنصوص عليها فى قانون العقوبات.

المحور الثانى- القانون الموضوعى :

إذا كانت قواعد القانون الإجرائى تتضمن وسائل لحماية الحقوق الناشئة عن العلاقات القانونية أى عن القانون الموضوعى . فإن الأخير ينقسم بحسب أطراف العلاقات التى ينظمها إلى قسمين كبيرين هما **القانون العام** ، وهو مجموعة القواعد التى تنظم العلاقات التى تكون الدولة أو أحد الأشخاص العامة طرفا فيها ، بوصفها صاحبة السلطة والسيادة . **والقانون الخاص** ، وهو مجموعة القواعد التى تنظم علاقات الأفراد فيما بينهم .

وتتعدد فروع **القانون العام** ، فتشمل القانون الدولى العام ، والقانون الدستورى ، والقانون الإدارى ، والقانون المالى ، وقانون العقوبات . بينما أفرع **القانون الخاص** تتمثل فى القانون التجارى ، والقانون البحرى، والقانون الجوى، والقانون المدنى ، وقانون الأحوال الشخصية .

ونعرض بداية لأفرع القانون العام ، ثم لأفرع القانون الخاص فيما يلى :

أولا : فروع القانون العام

يضم القانون العام - فيما قدمنا - القانون الدولى العام ، والقانون الدستورى ، والقانون الإدارى ، والقانون المالى ، وقانون العقوبات .

١- القانون الدولى العام :

هو مجموعة القواعد التى تنظم العلاقات الناشئة بين أشخاص المجتمع الدولى . أى بين الدولة ، وغيرها من الدول أو المنظمات الدولية ، سواء فى

وقت السلام ، أو فى وقت الحرب .

ففى وقت السلام ، يبين القانون الدولى العام أشخاص العلاقات التى يحكمها (الدول ، والمنظمات الدولية) ويحدد حقوقها، والتزاماتها ، ويحدد إقليم الدولة ، وحق الدولة على هذا الإقليم . كما يحدد قواعد المعاهدات الدولية ، وكيفية إبرامها ، وتحديد آثارها ، والطرق الودية لفض المنازعات الدولية ، كالمفاوضات ، والتحكيم الدولى .

وفى وقت الحرب تتدخل قواعد القانون الدولى العام لبيان كيفية إعلان الحرب ، ووسائلها المشروعة ، وحقوق وواجبات الأطراف المتحاربة .

ويستمد القانون الدولى العام مصادره من الأعراف الدولية ، ومن المعاهدات الشارعة ، وهى نوع من المعاهدات تبرمها الدول لتقرر قاعدة من قواعد القانون الدولى العام ، أو تعدل ، أو تلغى قاعدة من هذه القواعد ، وأخيرا ، من المبادئ القانونية العامة التى تقوم عليها الأنظمة فى دول العالم المتمدينة [1] بما فى ذلك مثلا ، مبدأ التعويض عن الضرر ، واحترام العهد المقطوع فى العلاقات الدولية .

بقى أن نوضح بأن القانون الدولى العام ، فرع من فروع القانون العام الخارجى ، لأنه ينظم علاقات الدولة ، بغيرها من الدول الأخرى ، أو بغيرها من المنظمات الدولية .

---

(١) البدراوى ، ص٦٢ ، بند٢٣ .

٢- القانون الدستورى :

فرع من فروع القانون العام الداخلى ، يشتمل على مجموعة من القواعد التى تبين شكل الدولة ، ونوع الحكومة ، وكيفية تنظيم السلطات العامة فى الدولة ، أى من حيث تكوينها ، واختصاصاتها ، وعلاقات السلطات الثلاث بعضها ببعض ، ويحدد الحقوق والحريات الأساسية للأفراد .

القانون الدستورى إذن يحدد شكل الدولة (ملكية ، جمهورية ، موحدة ، اتحادية) ونوع الحكومة (برلمانية ، رئاسية) ويبين كيفية تنظيم السلطات العامة (التشريعية ، التنفيذية ، القضائية) ويبين الحريات والحقوق ، والواجبات العامة ، بما فى ذلك الحق فى المساواة أمام القانون ، وحرية الرأى والعقيدة ، وحرمة المنازل ، والحق فى تولى الوظائف العمومية ، والالتزام بأداء الضرائب والتكاليف العامة ، والدفاع عن الوطن .

والدستور المصرى الحالى ، صدر ، وعمل به ابتداء من ١١ سبتمبر ١٩٧١ عن طريق الاستفتاء الشعبى .

٣- القانون الإدارى :

هو مجموعة القواعد التى تنظم الإدارة العامة أو تحكم النشاط الإدارى فى داخل الدولة . ولذلك يضم القانون الإدارى المسائل الآتية :

- أعمال المرافق العامة ، وهى المشروعات التى تتولى تقديم الخدمات العامة للأفراد سواء قامت بها سلطات إدارية مركزية (فى العاصمة) أو محلية (فى أقاليم الدولة) .

* أموال المرافق العامة أى تلك الأموال المنقولة ، والعقارية التى تستخدمها السلطة الإدارية فى إدارة المرفق العام .
* الوسائل المختلفة لإدارة ، واستغلال المرافق العامة .
* القضاء الإدارى ، وهو يضم المحاكم التى تفصل فى المنازعات الناشئة عن نشاط الإدارة ، وتتركز هذه المحاكم أساسا فى مجلس الدولة .

٤- القانون المالى :

هو مجموعة القواعد التى تحكم مالية الدولة من حيث الإيرادات العامة والمصروفات ، والإنفاق العام . وبعبارة أخرى ، مجموعة القواعد التى تحكم ميزانية الدولة . وتتكون من الإيرادات ، التى تحصل عليها الدولة من الضرائب والرسوم ، ومقابل الخدمات التى تقدمها للأفراد ، والقروض . أما المصروفات التى تنفقها الدولة على الدفاع ، والأمن ، والتعليم ، والصحة ، وجهاز العدالة .

٥- القانون الجنائى :

ويقصد به مجموعة القواعد التى تبين الجرائم ، والعقوبات المحددة لها . أما الجرائم فتنقسم إلى الجنايات ، والجنح ، والمخالفات . والعقوبات ، تنقسم إلى عقوبات مالية ، كالغرامة والمصادرة ، وعقوبات سالبة للحرية ، كالحبس والسجن ، وعقوبات جسدية ، كالإعدام .

وينقسم القانون الجنائى بحسب موضوعه إلى قسمين : **القسم العام** ، ويشتمل على الأحكام العامة للجريمة والعقوبة، فيبين أنواع الجرائم، وأركانها،

والعقوبة من حيث أنواعها ، وحالات تعددها ، وسقوطها ، والإعفاء منها . **والقسم الخاص** ، يتعلق بالقواعد الخاصة بكل جريمة على حده .

ثانيا : فروع القانون الخاص

تقسيم :

ذكرنا بأن القانون الخاص يضم الفروع الآتية : القانون التجارى والقانون البحرى ، والقانون الجوى ، وقانون العمل ، والقانون المدنى .

١ – القانون التجارى :

هو مجموعة القواعد التى تنظم العلاقات الناشئة عن العلاقات التجارية ، أى علاقات التجار ، والأعمال التجارية . ومن الناحية التاريخية ، فقد كان القانون المدنى ينظم المعاملات المالية عموما ، بغض النظر عن صفات أطرافها ، أو مهنتهم .وقد تبين – فيما بعد – بأن الروابط التى تنشأ بين التجار ، والخاصة بالأعمال التجارية تتميز عن غيرها من الروابط المالية الأخرى ، فاستقل القانون التجارى بتنظيم هذه العلاقات .

وتفسير ذلك أن المعاملات التجارية، بعكس المعاملات المدنية ، قوامها السرعة ، التى تستوجب حرية الإثبات ، وتسهيل تداول الحقوق التجارية بما يستوجب تبعا لذلك أن يوضع لها تنظيم قانونى يكفل سرعة المعاملات التجارية .

كما أن المعاملات التجارية تقوم على الائتمان بحيث لا يقوم فيها المدين

"التاجر" بتنفيذ التزامه إلا بعد مدة معينة ، لذا يتعين منحه أجلا للوفاء بما يستوجب تنظيم خاص بالائتمان التجارى تعجز قواعد القانون المدنى عن تحقيقه .

وأخيرا ، فقد أدت حاجة التجارة إلى السرعة ، إلى ابتكار الأوراق التجارية ، كالشيك والكمبيالة ، والسند الإذنى ، التى يتم تداولها بسهولة بمجرد انتقالها من يد إلى يد إذا كانت لحاملها ، أو بعد تظهيرها بما يفيد انتقالها من المستفيد ، إلى الحامل الجديد .

ونلفت النظر ، بأن قانون التجارة المطبق حاليا ، هو القانون رقم ١٩٩٩/١٧ الذى ألغى القانون السابق الصادر ١٨٨٣ .

٢- القانون البحرى :

هو مجموعة القواعد المتفرعة عن القانون التجارى،ينظم التجارة البحرية أو الملاحة البحرية على وجه العموم (١) .

والذى استوجب استقلال هذا الفرع من أفرع القانون عن القانون التجارى ، اتساع التجارة البحرية ، ... لذلك يتضمن هذا القانون الموضوعات الآتية :

أولا : السفينة ، فينظم القانون البحرى الحقوق الواردة عليها ، والعقود المتعلقة بها ، كعقود البيع ، والتجهيز ، والانتفاع .

---

(١) البدراوى ، ص٧٨ ، بند ٤٧ .

ثانيا : عمل السفينة أو عقود النقل التى أبرمها مالك السفينة ، سواء تعلق الأمر بنقل البضائع ، أو الأشخاص ، والحوادث البحرية ، بما فى ذلك التصادم البحرى ، والمساعدة ، والإنقاذ ، والخسائر البحرية .

ثالثا : التأمين البحرى ، أى التأمين فى مواجهة المخاطر التى تتعرض لها السفينة .

٣- القانون المدنى :

مجموعة القواعد التى تنظم العلاقات المالية بين الأشخاص ، فيما عدا ما يتعلق منها بالتجارة . والقانون المدنى ، أصل القانون الخاص ، أو الشريعة العامة التى تنطبق أحكامها إذا لم يوجد حكم المسألة فى أفرع القانون الخاص الأخرى .

والمفترض أن القانون المدنى ينظم المعاملات بين الناس أى سواء كانت فى نطاق الأسرة ، أو ذات الطابع المالى كما هو الحال فى قوانين الدول الغربية . إلا أن روابط الأسرة أو الأحوال الشخصية لم يتعرض لها المشرع المصرى فى القانون المدنى ، فتركت لتحكمها قواعد الشريعة الإسلامية ، والديانات المختلفة بما فى ذلك المسائل المتعلقة بنظام الأسرة ، كالخطبة ، والزواج ، والمهر ، والدوطة ، والطلاق ، والتطليق ، والتفريق .

والمسائل المتعلقة بالنفقة بين الأقارب والأصهار ، والنسب والتبنى،والمواريث ، والوصايا ..... إلخ .

أما المسائل المتعلقة بالأهلية، والقرابة ، والهبة ، وبعض مسائل الميراث

وتصفية التركة فقد تعرض لها القانون المدنى المصرى .

٤- قانون العمل :

هو مجموعة القواعد القانونية التى تنظم العلاقات بين العمال ، وأصحاب العمل ، إذا التزم العامل بأداء العمل تحت رقابة وإشراف صاحب العمل ، مقابل أجر معين .

ويتضمن قانون العمل، علاقات العمل الفردية، أى عقود العمل الفردية ، أو عقود العمل الجماعية ، أى التى تبرمها نقابات العمال ، لمصلحة أعضائها مع أصحاب العمل .

وآثار عقد العمل من ناحية التزامات العامل بأداء العمل الموكول إليه بحسن نية ، والالتزام بعد منافسة صاحب العمل ، والالتزام بالمحافظة على أسرار العمل وكذا من ناحية التزامات صاحب العمل بتوفير شروط العمل ، والإفلاس ، والسلامة المهنية ، ورفع الأجرة . كما يبين انتهاء عقد العمل ، سواء كان محدد المدة ، أو غير محدد المدة .

وقانون العمل ، يعتبر أحدث فروع القانون التى استقلت بقواعد خاصة عن القانون المدنى . على أن الأخير - يظل - فيما قدمنا الشريعة العامة للقانون الخاص ، الذى يتعين الرجوع إليه ، إذا لم يجد القاضى نصا يطبقه فى أفرع القانون الخاص الأخرى .

الفصل الثانى

مصـــادر القانـــون

تعدد مصادر القانون :

إذا كان القانون – على ما رأينا – مجموعة القواعد التى تنظـم السـلوك الاجتماعى ، التى تكفل الدولة احترامها بالقوة عند الاقتضاء .

فثمة مصادر متعددة للقاعدة القانونيـة ، بعضـها مصـادر تاريخيـة – اعتبارا بأن القاعدة المعمول بها فى الوقت الحالى ، لم يكن معمولا بـها فـى الوقت الماضى – ولن يستمر العمل بها دائما . فهى تطور مستمر .

وليس معنى ذلك أن القاعدة المعمول بها فى الوقت الحالى متينة الصلـة بالقواعد التى كان معمولا بها فى الماضى .

فالمشرع عادة ما يستهدى فى وضع القواعد القانونية ، بما كـان عليـه التشريع فى الماضى . ومعنى ذلك أن القواعد القانونية السابقة تعتبر مصـدراً تاريخيا للقواعد اللاحقة .

وآية ذلك ، أن القانون الفرنسى الحالى ، يستمد مصدره التـاريخى مـن القانون الفرنسى القديم ، الذى يستمد مصدره التاريخى بـدوره مـن القـانون الكنسى الذى يستمد الكثير من قواعده من القانون الرومانى . وبذا يصح القـول بأن القانون الرومانى مصـدر تاريخى للقانون الفرنسى . ولن نعرض – فى

دراستنا – للمصادر التاريخية للقاعدة القانونية .

وثمة مصادر رسمية للقاعدة القانونية ، فيها ، يجب أن يبحث القاضى عن القاعدة القانونية التى يطبقها . فالمصادر الرسمية إذن هى السبب المنشئ للقاعدة القانونية ، أو هى الإجابة عن السؤال – من أين تستمد القاعدة القانونية قوتها الملزمة ؟ وهى التشريع والعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية ومبادئ العدالة وقواعد القانون الطبيعى .

وإلى جانب المصادر الرسمية للقاعدة القانونية توجد المصادر التفسيرية أى التى تفسر غموض النصوص ، وتبين المقصود منها ، وهى أحكام المحاكم ، وآراء الفقهاء .

والمصادر التفسيرية – بعكس المصادر الرسمية – غير ملزمة .

فإذا استبعدنا المصادر التاريخية للقواعد القانونية من دراستنا يبقى أن نعرض إذن للمصادر الرسمية فى (**مبحث أول**) ، ثم المصادر التفسيرية فى (**مبحث ثان**).

المبحث الأول

المصادر الرسمية

تعداد المصادر الرسمية :

ذكرنا بأن المصادر الرسمية هى التى يبحث فيها القاضى عـــن القـــاعدة الواجبة التطبيق على النزاع المطروح .

وإلى جانب هذه المصادر الرسمية نصت المادة الأولـــى مـــن القـــانون المدنى على أنه :

١-تسرى النصوص التشريعية على جميـــع المســـائل التـــى تتناولـــها هـــذه النصوص فى لفظها ، وفحواها .

٢-فإذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العـــرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم يوجد فبمقتضـــى مبادئ القانون الطبيعى ، وقواعد العدالة .

والنص السبق يبين فيه المشرع للقاضى ماهية المصادر التى يتعين عليـــه الرجوع إليها ليستقى منها الحكم . كما يلزمه باتباع ترتيب معين فـــى البحـــث عن القاعدة القانونية التى يطبقها على النظام .

وإعمالاً للنص المذكور ، يجب على القاضى الرجوع أولا إلى النصـــوص التشريعية فإذا لم يجد ، يجب أن يرجع إلى العرف ، فإن لم يجد ، فيرجع إلـــى

مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لكم يجد ، فيرجع إلى مبادئ القانون الطبيعى، وقواعد العدالة . وبذا ، يعتبر التشريع هو المصدر الأصلى للقانون أما المصادر الأخرى فهى مصادر احتياطية .

وإجمالاً، فإن المصادر الرسمية للقاعدة القانونية على الترتيب الآتى :

١-التشريع .

٢-العرف .

٣-مبادئ الشريعة الإسلامية .

٤-مبادئ القانون الطبيعى ، وقواعد العدالة .

ونوزع دراستنا لهذه المصادر على **أربعة مطالب** .

المطلب الأول

التشريع

التشريع يعنى ، وضع القواعد القانونية بواسطة السلطة المختصة فى الدولة (وهذه السلطة هى مجلس الشعب فى مصر ، وفقاً للمادة ٨٦ من الدستور) وهو فيما ذكرنا المصدر الرسمى الأول للقواعد القانونية .

ونوزع دراستنا فى التشريع على النحو الآتى :

الفرع الأول : مزايا التشريع ، وعيوبه .

الفرع الثانى : أنواع التشريع .

الفرع الثالث : سن التشريع ، ونفاذه .

الفرع الرابع : التقنين .

الفرع الخامس : إلغاء التشريع .

الفرع السادس : نطاق تطبيق التشريع من حيث الزمان .

الفرع الأول

مزايا التشريع وعيوبه

التشريع ، هو المصدر الرئيسى الأول للقواعد القانونية ، وأغلب القواعد القانونية تجد مصدرها فى التشريع ، وتفسير ذلك .

وقد بلغ التشريع منزلته ، كمصدر رسمى أول ، تعتبر المصادر الأخرى إلى جانبه ، مصادر احتياطية لأنه يتميز بمزايا عدة ، تفوق مزايا المصادر الأخرى . وإن اتجه رأى بأن للتشريع بعض العيوب .

وفيما يلى نتناول بداية مزايا التشريع ، ثم عيوبه .

١- مزايا التشريع :

أولى مزايا التشريع ، سهولة استخلاص القواعد القانونية التى يتضمنها بما يوفره ذلك من توفير الجهد ، والوقت على القاضى ، والفقيه أو الباحث . ويرجع ذلك إلى سببين : **الأول** ، أنه مكتوب ، **والثانى** ، أن سن التشريع تقوم به سلطة مختصة ، تحرص - بالتالى - على صياغته بوضوح ، صياغة واضحة ، وكاملة ، تعبر عن إرادة المشرع .

وكذا يتميز التشريع ، بسرعة نشأته ، وتعديله ، وإلغائه ، بما يوفره ذلك من القدرة على مواجهة الظروف المتغيرة ومواجهة الحاجات الطارئة بما يسمح بالقول أن التشريع أداة ، سهلة ميسورة ، يواجه بها المجتمع تغير الظروف ، أو حاجات التطور . وقد اتضح ذلك بصورة لا تخفى على أحد فى مصر - فى الفترة الأخيرة ، حيث استخدم التشريع أداة ، يتحول بها الاقتصاد من سيطرة الدولة ، أو القطاع العم ، إلى الاقتصاد الحر ، الذى يقوم على المنافسة الحرة ، وعلى التخصصية . كما استخدم من قبل ، أداة ، تحولت بها مصر - من الاقتصاد الحر إلى الاقتصاد الموجه - (فى الفترة من ١٩٥٢ حتى ١٩٧٤).

كذا ، يتميز التشريع ، بأنه أداة لتوحيد القواعد القانونية داخل الدولة الواحدة ، حيث المنوط بسن التشريع - السلطة التشريعية - وبذا ، يساعد التوحيد القانونى ، على التوحيد السياسى .

٢- عيوب التشريع :

ذكرنا بأن التشريع ، يتضمن قواعد قانونية مكتوبة ، بما قد يخشى منه أن تصبح القواعد القانونية جامدة ، لا تقدر على مواجهة ظروف المجتمع وحاجاته، وخصوصاً ، إن لم يكن المشرع ، على دراية بالظروف المتطورة، والحاجات الطارئة . وبعبارة أخرى ، وجود نصوص مكتوبة قد يضفى عليها هالة من القداسة ، تؤدى بالتشريع إلى الجمود .

والرأى عندنا ، أن جمود التشريع ، ليس عيبا فى التشريع ذاته ، بل ينسب للجهة المختصة بسن التشريع .

الفرع الثانى

أنواع التشريع

يتدرج التشريع " أو القانون المكتوب " من حيث قوته إلى ثلاثة أنواع ينظمها ما يمكن تسميته بالهرم التشريعى ، أعلاه التشريع الأساسى أو الدستور ، ثم يليه التشريع العادى ، وفى قاعدة الهرم التشريعى ، اللوائح التنفيذية .

وتفصيل ذلك ، كالآتى بيانه :

١- الدستور (التشريع الأساسى) :

الدستور - على ما ذكرنا - هو الذى يبين شكل الدولة ، ونوع الحكم

فيها ، والسلطات العامة ، واختصاصات كل سلطة ، والحقـوق ، والحريـات الأساسية للمواطنين .

ويختلف التشريع الأساسى ، أو الدستور عن التشريع العادى ، فى طريقة وضعه ، فبينما تختص السلطة التشريعية ، بإصدار التشريع العـادى ، فـإن التشريع الأساسى يوضع إما بواسطة جمعية تأسيسية ، أو عن طريق اسـتفتاء الشعب مباشرة .

ولمّا كان التشريع الأساسى ، على قمة الهرم التشـريعى ، فتتقيـد بـه التشريعات الأخرى ، بحيث لا يصح أن يصـدر تشـريع عـادى ، يخـالف الدستور وإلا أمكن الطعن عليه ، بعدم الدستورية ، وفقا لقواعـد وإجـراءات محددة من اختصاص محكمة خاصة هى المحكمة الدستورية العليا .

٢- التشريع العادى :

التشريع العادى ، هو الذى تضعه السلطة المخولة بـإصدار التشـريع . ويسمى عادة بالقانون . فيكون ذلك هو المعنى الضيق للقانون ، يختلف عـن المعنى الأعم للقانون ، باعتباره مجموعة القواعد القانونية التى تنظم السـلوك الاجتماعى ، وتقترن بجزاء مادى ، وحال ، ومنظم ، أيا كان مصدرهـا ، أى سواء كان مصدرها التشريع ، أو غيره .

ذكرنا أن التشريع العادى ، يصدر أخذا من المادة ٨٦ من الدستور ، مـن السلطة التشريعية (مجلس الشعب) . ولكن هذه القاعدة يرد عليـها اسـتثناء مهم ، حيث أجاز الدستور للسلطة التنفيذية ، ممثلة فـى رئيـس الجمهوريـة

إصدار تشريعات ، يكون لها قوة التشريع العادى وتسمى قـــرارات بقوانيـــن وذلك فى حالتين ، ورد النص عليهما على ســبيل الحصـــر ، همــا ، حالــة الضرورة ، وحالة التفويض .

أ) حالة الضرورة :

نصت م ١٤٧ من الدستور على أنه " إذا حدث فى غيبة مجلس الشـــعب ما يوجب الإسراع فى اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير ، جاز لرئيس الجمهوريـة أن يصدر فى شأنها قرارات تكون لها قوة القانون ".

والمهم ، أنه يتعين على رئيس الجمهورية التريث ، فلا يصدر قـــرارات لها قوة القانون ، حتى فى غيبة مجلس الشعب ، فى مسائل لا تستدعى اتخـــاذ تدابير لا تحتمل التأخير . أى لا يصدرها فى غير حالة الضرورة .

وعلى أية حال ، فإن النص المذكور ، قد أوجب عرض هذه القـــرارات لقوانين على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يوما من تـــاريخ صدورهـــا إذا كان المجلس قائما . أو فى أول اجتماع للمجلس إن كان فى حالـــة الحـــل أو وقف الجلسات . فإذا لم يتبع الإجراء السابق ، ولم تعرض علـــى المجلـــس ، اعتبرت كأن لم تكن ، بأثر رجعى ما لم ير المجلس خلاف ذلك .

ب - التفويض :

نصت م ١٠٨ من الدستور على أنه لرئيس الجمهورية عند الضـــرورة ، وفى الأحوال الاستثنائية ، وبناء على تفويض من مجلس الشعب بأغلبية ثلثـــى أعضائه ، يصدر قرارات لها قوة القانون . ويجب أن يكون التفويـــض لمـــدة

محددة . وأن تبين فيه موضوعات هذه القرارات والأسس التى تقوم عليـــها . ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب فى أول جلسة بعد انتهاء مـدة التفويض . فإذا لم تعرض ، أو عرضت ولم يوافق المجلس عليها زال ما كـان لها من قوة القانون .

والفرق بين تشريعات الضرورة ، وتشريعات التفويض أن الأولـــى ، لا يصدرها رئيس الجمهورية إلا فى غيبة مجلـــس الشـــعب . بينمـــا الثانيـــة ، يصدرها رئيس الجمهورية حال قيام المجلس .

ولا يجوز لرئيس الجمهوريـــة إصـــدار التشـــريعات التفويضيـــة إلا إذا توافرت الشرائط الآتية :

١-أن يكون هناك ضرورة، أو ظروف استثنائية ، تبرر منح التفويـض، بما فى ذلك الحروب ، والأزمات الاقتصادية .

٢-أن تتوافر أغلبية خاصة على التفويض هى ثلثى أعضاء المجلس .

٣-أن تحدد مدة التفويض .

٤-أن تبين موضوعات التفويض .

٥-أن تعرض القرارات التى يصدرها رئيس الجمهورية على المجلـــس فى أول جلسة بعد انتهاء مدة التفويض . وإلا زالت بأثر رجعى .

الرقابة على صحة التشريع الفرعى :

لمّا كان التشريع العادى ، فيما ذكرنا، أعلى مرتبة – فى الهرم التشريعى

من التشريع الفرعى ، فإن للمحاكم العادية الحق فى الامتناع عن تطبيق اللائحة التى تخالف التشريع العادى ، أو التشريع الدستورى – بطبيعة الحال – وفى الحالة الأولى ، تسمى اللائحة بأنها غير شرعية ، وفى الحالة الثانية تسمى بأنه غير دستورية .

وللمحاكم ، أن تراقب شرعية اللوائح، ودستوريتها ، فتمتنع عن تطبيقها، إذا كانت تخالف التشريع العادى ، أو التشريع الدستورى . دون طلب من جانب أحد الخصوم لأن شرعية اللوائح ، ودستوريتها من المسائل المتعلقة بالنظام العام .

كذا ، خول قانون مجلس الدولة (رقم ٥٥ /١٩٥٩) المحاكم الإدارية الحق فى إلغاء اللوائح المخالفة للقانون (التشريع العادى) أو الدستور . إما بطريق مباشر ، أى برفع دعوى مستقلة لإلغاء اللائحة المخالفة ، خلال ستة أشهر من تاريخ نشر اللائحة . وإما بطريق غير مباشر ، أى بتظلم أحد الأشخاص من قرار إدارى صدر تطبيقا للائحة مخالفة للقانون ، أو اللائحة المخالفة ، خلال ستة أشهر من تاريخ نشر اللائحة . وإما بطريق غير مباشر، أى بتظلم أحد الأشخاص من قرار إدارى صدر تطبيقا للائحة مخالفة للقانون، أو الدستور .

٣- التشريع الفرعى أو اللائحى :

هو التشريع الذى تصدره السلطة التنفيذية ، إما لتنفيذ التشريعات العادية الصادرة عن السلطة التشريعية ، فتسمى باللوائح التنفيذية أو لتنظيم ،

وترتيب المصالح والإدارات الحكومية ، فتسمى باللوائح التنظيمية . أو للمحافظة على الأمن والسكينة والصحة العامة ، فتسمى بلوائح الضبط أو البوليس .

أ- اللوائح التنفيذية :

هى اللوائح التى تصدرها السلطة التنفيذية لوضع التشريعات العادية موضع التنفيذ . وتفسير ذلك ، أن التشريع العادي يصدر لينظم القواعد الأساسية للموضوعات التى ينظمها . أما المسائل التفصيلية فيتركها للسلطة التنفيذية لتصدر بشأنها لوائح تنفيذية ، تضع التشريع العادى موضوع التنفيذ . إنما لا يجوز للوائح التنفيذية أو تغير من التشريع العادى ، أو تعدل فيه بالحذف أو الإضافة وإلا كانت باطلة ، ولا أثر لها . ونلفت النظر إلى أن الجهة التى يناط لها ، إصدار اللوائح التنفيذية هى الجهة التى يحددها التشريع العادى نفسه . فإن خلا التشريع العادى من نص بهذا الخصوص ، انعقد الاختصاص بإصدار اللائحة التنفيذية لرئيس الجمهورية ، أو من يفوضه فى ذلك.

ب) اللوائح التنظيمية :

والمقصود منها ، القرارات التى تنظم المرافق ، والمصالح العمومية ، بما فى ذلك الوزارات ، وإداراتها المختلفة ، والجامعات .

وينعقد الاختصاص بإصدار اللوائح التنظيمية لرئيس الجمهورية وحده بحيث لا يجوز له أن يفوض غيره فى إصدارها . ولذا ، ورد نص المادة

١٤٦ من الدستور بأن رئيس الجمهورية يصدر القـرارات اللازمـة لإنشـاء وتنظيم المرافق ، والمصالح العامة .

وبقى أن نوضح الفرق بين اللوائح التنفيذية ، واللوائـح التنظيميـة . أن الأولى ، لا تصدر مستقلة ، بل تستند على تشريع عادى ، تضعـه موضـوع التنفيذ . أما الثانية ، فتنشأ مستقلة بذاتها ، لا تستند إلى تشريع قائم .

ج- لوائح الضبط أو البوليس :

هى القرارات التى تصدرها السلطة التنفيذية بهدف المحافظة على الأمن، والسكينة ، والصحة . ومن الأولى ، لوائح المرور مثـلا , ومـن الثانيـة ، اللوائح الخاصة بالمحلات المقلقة للراحة . ومن الثالثـة القـرارات الخاصـة بمراقبة الأغذية ، أو الأدوية ، أو الباعة الجائلين . ولوائح الضبط والبوليـس ، شأنها شأن اللوائح التنظيمية يختص بإصدارها رئيس الجمهورية وحـده ، ولا يفوض فى إصدارها أحداً من م ١٤٥ من الدستور .

الفرع الثالث

سن التشريع ونفاذه

التشريع فيما رأينا أنواع ثلاثة:التشريع الأساسى (أوالدستور) والتشـويع العادى ، والتشريع الفرعى ، أو اللائحى . وقد انتـهينا إلـى بيـان السـلطة المختصة بسن الدسـتور إما بواسطة جمعية تأسيسية منتخبة من الشعب ، أو

بطريق الاستفتاء الشعبى .

وانتهينا إلى تحديد السلطة المختصة بوضع التشريع الفرعى ، أو اللائحى وهى السلطة التنفيذية .

ويبقى أن نتناول كيفية سن التشريع العادى ، ونفاذه ، ومبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون . وذلك على النحو الآتى :

١ – كيفية سن التشريع العادى ونفاذه :

أربع مراحل يمر بها التشريع ، ليصبح بعدها واجب النفاذ . وهذه المراحل هى الاقتراح ، والتصويت ، والإصدار ، والنشر .

أ) مرحلة الاقتراح :

المقصود بالاقتراح ، التقدم بمشروع القانون إلى السلطة المختصة بسن التشريع العادى (وهى مجلس الشعب) . وحق الاقتراح مقرر لكل عضو من أعضاء المجلس ، ولرئيس الجمهورية ، فإذا كان الاقتراح مقدما من أحد أعضاء مجلس الشعب ، فإنه يحال أولاً إلى لجنة الاقتراحات لفحصه ، بغرض النظر فى مدى صلاحيته للعرض على المجلس . بحيث لا يتم إحالته إلى اللجنة البرلمانية المختصة إلا إذا كان صالحا للعرض .

وإذا كان الاقتراح مقدما من رئيس الجمهورية ، تعين إحالته مباشرة إلى اللجنة البرلمانية المختصة ، لتقدم تقريرا عنه ، بعد فحصه ، يتم على أساسه مناقشة المشروع فى المجلس (م ١١٠ من الدستور).

ومرد التفرقة بين الاقتراح المقدم من أعضاء المجلس ، والاقتراح المقدم

من رئيس الجمهورية ، أن الأول لا تتوافر له الإمكانيات الفنية ، لإعداد الاقتراح فى صياغة دقيقة ، لذا يحال اقتراحه إلى لجنة الاقتراحات لمراجعته، بعكس الحال بالنسبة للاقتراح المقدم من رئيس الجمهورية . فالفرض أنه أعد إعداداً فنياً ، دقيقاً فلا حاجة بالتالى ، لعرضه على لجنة الاقتراحات .

وننبه إلى أن الاقتراح المقدم من رئيس الجمهورية يسمى باسم (مشروع بقانون) . أما الاقتراح المقدم من أعضاء مجلس الشعب يسمى باسم (اقتراح بقانون) .

ب) مرحلة التصويت :

المقصود بالتصويت : عرض مشروع القانون ، أو الاقتراح بقانون على مجلس الشعب ، بقصد أخذ الرأى عليه مادة ، مادة . وتتم الموافقة على المشروع ، أو الاقتراح بالأغلبية المطلقة للحاضرين (النصف + ١) . وعند تساوى الآراء يعتبر المشروع ، أو الاقتراح مرفوضا .

أما إذا حاز المشروع ، موافقة الأغلبية المذكورة ، يرسل إلى رئيس الجمهورية الذى يكون من حقه الاعتراض عليه خلال ثلاثين يوما من تاريخ إبلاغه إليه . فإذا لم يعترض عليه خلال المدة المذكورة اعتبر قانوناً ، وأصدر ، فإن اعترض عليه ، وجب رده إلى المجلس خلال ثلاثين يوماً لإعادة مناقشته من جديد فإن أقره بأغلبية ثلثى أعضاء المجلس جميعا اعتبر قانونا ، وأصدر [١].

---

(١) المادة ٢/١٧ من الدستور .

ج) مرحلة الإصدار :

مرحلة الإصدار . وهو ، صدور أمر من رئيس الجمهورية بتنفيذ القانون الذى وافق عليه مجلس الشعب . أى كقانون من قوانين الدولة . وهى مسألة تكتسب أهمية أخرى ، من ناحية أن الإصدار ، شهادة ميلاد للتشريع الجديد ، أو إعلان,بأن السلطة المختصة قد أصدرت قانونا ، واجب النفاذ .

ونلفت النظر بأن مرحلة الإصدار ، من عمل رئيس السلطة التنفيذية (رئيس الجمهورية) تأتى بعد إتمام مرحلة سن التشريع . أى بموافقة رئيس الجمهورية عليه ، أو بعدم اعتراضه عليه خلال المدة المحددة ، أو حتى بعد الاعتراض عليه ، وإقراره – مرة أخرى – من المجلس بأغلبية خاصة .

ويثور التساؤل ، بصدد ما إذا كان يتعين على رئيس الجمهورية إصدار التشريع خلال مدة محددة ؟ الواقع أنه لا يوجد نص بالدستور يوجب على رئيس الجمهورية إصدار التشريع خلال مدة معينة . إنما يتعين على رئيس الجمهورية إصدار التشريع خلال مدة معقولة .. حتى لا يتعطل تنفيذ القانون الذى أقره مجلس الشعب بما يتضمنه ذلك من اعتداء من السلطة التنفيذية على السلطة التشريعية .

د) مرحلة النشر ونفاذ التشريع :

إذا كان الإصدار مهما لنفاذ التشريع . إلا أنه لا يجوز أن يطبق هذا التشريع إلا إذا تيسر على الناس كافة العلم به . وأداة أو وسيلة العلم بالتشريع هى نشره . فنشر التشريع إذن إجراء به يتمكن الأفراد من العلم بالقانون ،

الذين يلتزمون باتباع أحكامه .

ويتم نشر التشريع فى جريدة مخصصة لنشر القوانين ، هى الجريدة الرسمية . لا يغنى عن النشر فيها مثلا ، نشر التشريع فى الصحف اليومية أو الأسبوعية ، أو الوسائل السمعية ، أو البصرية .. ونحو ذلك . وبعبارة أخرى فإن القانون الذى لا ينشر بالجريدة الرسمية ، لا يلتزم الأفراد به .

وأخذا من نص المادة ١٨٨ من الدستور يتعين نشر القوانين فى الجريدة الرسمية خلال أسبوعين من يوم إصدارها .

والأصل أن التشريع لا يعمل به إلا بعد شهر من اليوم التالى لتاريخ نشره، وحتى تتاح الفرصة ، أمام الناس للعلم به ، اعتباراً بأن العلم بالتشريع لا يتحقق فور نشره . لذا حدد الدستور مدة شهر من اليوم التالى لنشر التشريع حتى يصبح نافذاً فور انقضائه .

ومع ذلك ، قد يطيل التشريع مدة نفاذه ، بحيث تزيد عن مدة الشهر المذكورة ، فيما يتعلق بالقوانين الأساسية العامة ، بما فى ذلك مثلا قانون المرافعات ، وقانون التجارة الجديد ، والقانون المدنى .

وقد يحدث العكس ، عندما تقتضى المصلحة العامة تعجيل العمل ببعض القوانين فيصدر التشريع .

فينص التشريع على أن يعمل به بعد مضى أسبوع أو أسبوعين من تاريخ نشره . أو ينص على أن يعمل به فى اليوم التالى لتاريخ نشره .

ويبقى أن نؤكد.أن النشر إجراء لازم لنفاذ التشريعات جميعا.أى التشريع

الأساسى ، (والدستور) أو التشـــريع العــــادى ، أو التشـــريع الفرعــى (اللائحى) . وأن النشر بالجريدة الرسمية ، هو الإجراء الذى يجعل التشــريع نافذا ، واجب العمل به ، بحيث يلتزم الجميع باحترامه (سواء من علم بـــه ، أو من لم يعلم به) . فالمبدأ ، عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون علـــى مـــا يتضح فيما يلى :

٢- قاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون :

إذا كانت القاعدة – فيما ذكرنا – أـن نشر التشريع فى الجريدة الرســمية قرينة قاطعة على علم الجميع به ، بحيث لا يستطيع أحد ـن يدعـــى – بعــد ذلك – عدم لمه بالقانون . فإن هذه القاعدة ، يكملها قاعدة أخرى ، هى عــــدم جواز الاعتذار بجهل القانون . أى لا يجوز لأحد أن يعتـــذر بجـــهل القـــاعدة القانونية ، للتهرب من أحكامها .

وتقوم القاعدة على أساس من المنطق ، فلا يمكن أن يحمل القانون إلـــى علم كل شخص على حدة . وإذا أجيز للناس ، الاعتذار بالجـــهل بالقـــانون ، للتهرب من أحكامه ، فقدت القاعدة القانونية صفة العمومية بمـــا يـــؤدى إلـــى زعزعة المعاملات والإخلال بالثقة والواجبة فى القانون .

ونلفت النظر إلى مسألتين : **الأولى** ، أن قاعدة عدم جواز الاعتذار بجـهل القانون تشمل التشريع بأنواعه الثلاثة ، أى الدستور ، والقانون ، واللوائـــح . بل يشمل المصادر الاحتياطية الأخرى للقواعد القانونية ، بما فى ذلك العـرف، ويشمل كذلك جميع أقسام القواعد القانونية ، أى سواء كانت من القانون العـــام،

أو القانون الخاص . وسواء كانت آمرة أو مكملة ، وإجمالا ، امتـد القـانون ليشمل التشريع أيا كان نوعه ، أو مصدره ، أو أقسامه ، وفى الحالة الأخـيرة، أيا كان أساس التقسيم .

والمسألة الثانية : أن القاعدة محض خطاب موجه مـن المشـرع إلـى القاضى ، والأفراد . فالأول ملزم بالعلم بالقانون ، وتطبيقه من تلقاء نفسه .

أما الناس كافة ، فيلتزمون بالتشريع ، بحيث لا يجوز لأحـد الاعتـذار بجهل أحكامه للتهرب منه .

وبرغم أن قاعدة ، عدم جواز الاعتذار بجهل التشريع لا استثناء عليـها . فإن المستقر عليه فى الفقه والقضاء أن القاعدة لا تنطبق فى الحـالات التـى يثبت فيها استحالة وصول الجريدة الرسمية إلى إقليـم مـا ، أو منطقـة مـا لأسباب قهرية ، كحرب ، أو كارثة طبيعية ، زلزال ، فيضان ... الخ .

مقارنة بين قاعدة عدم جـواز الاعتـذار بجـهل القـانون ، والغلـط فى القانون :

ثمة فرق مهم بين قاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون ، والغلط فـى القانون . فالأولى يهدف من يتمسك بها إلى التهرب من حكـم القـانون ، أو استبعاده . بينما من يتمسك بالغلط فى القـانون يـهدف إلـى تطبيـق حكـم القانون عليه .

لذا ، كان الاعتذار بجهل القانون محظوراً ، والغلط فى القانون ممكنـاً . ومثال الغلط فى القانـون ، أن يرث شخص حصة فى التركة على أنها الربع

عن غلط فى القانون ، ثم يتبين بعد ذلك أنه يرث النصف .

الفرع الرابع

التقنيـــــن

التقنين ، جميع القواعد القانونية المتعلقة بفرع معين من أنـــواع القـــانون بعد ترقيمها ، وتبويبها ، وترتيبها ، وإزالة التعـــارض بيـــن أحكامـــها فـــى مجموعة واحدة تسمى بالتقنين . وبعبارة أخرى ، فإن جميع القواعد القانونيـــة التى تنظم علاقات العمال بأصحاب العمل ، تسمى بتقنيـــن العمـــل . وجمـــع القواعد القانونية التى تحدد الجرائم ، والعقوبات المخصصـــة لـــها .. يســـمى بتقنين العقوبات . وجمع القواعد القانونية التى تنظـــم العلاقـــات التجاريـــة .. يسمى بتقنين التجارة . وهكذا .

والتقنين ، بهذا المعنى ، صورة من صور التشريع ، تقوم بـــه الســـلطة المختصة بسن القانون (مجلس الشعب) وفقا للإجراءات التى رسمها القانون.

وقد انتشرت حركة التقنين فى مصر فى مصر، فصدرت تقنينات عـــدة – فى مختلف أفرع القانون– همها التقنين المدنى،الذى صدر ١٩٤٨ ، وعمل بـــه ابتداء من١٥أكتوبر ١٩٤٩، وتقنين المرافعات الذى صدر فى٧ مايو ١٩٦٨ ، وعمل به بعد ستة أشهر من تاريخ نشره،وكان أحدث التقنينات – فى مصـــو – التقنين البحرى رقم ٨ /١٩٩٠ وتقنين التجارة الجديد رقم ١٧ / ١٩٩٩.

مزايا وعيوب التقنين :

نسارع إلى التنويه – فى البداية – بأن التقنين صورة من صور التشريع. لذا، فمزاياه وعيوبه، هى مزايا وعيوب التشريع.ونذكر بها على النحو التالى:

على أن أهم المزايا التى تنسب للتقنين ، وساعدت فى انتشار حركة التقنينات ، أنه يساهم فى التعرف على حكم القانون بسهولة ويسر . فلا ريب بأن تجميع القواعد القانونية ، وترقيمها ، وتبويبها وإزالة التعارض بين نصوصها – فى مدونة واحدة – يمهد الطريق للقاضى ، والباحث ، أو الفقيه، التعرف على حكم القاعدة القانونية .

كذا ، فالتقنين يساهم فى الاقتباس من القانون المقارن . فتستطيع البلدان الناشئة الرجوع – عند وضع تشريعاتها – إلى مدونات القوانين فى الدول الأخرى . لذا ، أخذ عن التقنين المصرى ، تشريعات الأردن ، وسوريا ، وليبيا ، والعراق ، والكويت .

وأخيراً ، فالتقنين ، يساهم على وحدة القانون داخل الدولة بما يؤدى إلى وحدتها السياسية .

ومع ذلك نسب البعض إلى التقنين ، عدم المرونة ، والجمود ، بما يعوق القانون عن مسايرة التطور الاقتصادى ، أو الاجتماعى ، أو السياسى . وتفسير ذلك أن تدوين القواعد القانونية ، بعد جهة ، أو مشقة فى ترقيم نصوصها ، وتبويبها ، وإحداث التناسق فيما بينها ، قد يفضى إلى نظرة تقديس لهذه المدونة ، أى اعتبارها حوت كل شئ ، فلا يتعين المساس بها

بالتعديل ، حتى ولو تغـــيرت الظــروف الاقتصاديـــة ، أو الاجتماعيـــة ، أو السياسية ، التى يكرسها النص القانونى ، بما فيها إلى جمود القانون .

وقد سبق الرد على ذلك ، بأن الخشية من جمود التقنين ، مبالغة لا تعــبر عن الواقع .

الفرع الخامس

إلغــاء التشريــع

تعريف الإلغاء :

ذكرنا بأن التشريع بعد نشره بالجريدة الرسمية ، ومضى المدة اللازمة للعمــل به ، يصبح ملزما بالنسبة للجميع . ويظل الأمر على ذلك . إلى أن يتم إلغــاءه. فإلغاء التشريع إذن ، هو رفع قوته الملزمة وإنهاء العمل به من تاريخ الإلغاء.

وترتيبا على ذلك ، فإن السلطة التى تملك إلغاء التشريع هى التى ســنته ، أو سلطة أعلى منها . بمعنى أن الدستور يلغى بتشريع دســتورى ، والقــانون يلغى بقانون ، واللائحة تلغى بلائحة وبتشريع عــادى أو بتشــريع دســتورى والعكس غير صحيح .

١- طرق الإلغاء :

أخذا من نص المادة الثانية من القانون المدنى،يمكن إلغاء النص التشريعى

بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم ، أو ينظم من جديد ذات الموضوع . الذى سبق أن نظمه ذلك التشريع .

وبذا يبين بأن الإلغاء إما أن يكون صريحاً ، أو ضمنياً .

أولا : الإلغاء الصريح :

يكون الإلغاء صريحا ، على ما ورد بالمادة المذكورة ، بإحدى طريقتين:

الأولى ، أن يصدر قانون جديد ينص صراحة على إلغاء حكم قانون سابق عليه . ويضرب الفقه مثلا على ذلك بالقانون المدنى الحالى ، الذى نصت المادة الأولى من قانون إصداره على أن يلغى القانون المدنى المعمول به أمام المحاكم الوطنية والصادر فى ٢٨ أكتوبر ١٨٨٣ ،والقانون المدنى المعمول به أمام المحاكم المختلطة والصادر فى ٢٨ يونيه ١٨٧٥ ، ويستعاض عنهما بالقانون المدنى المرافق لهذا القانون .. وحدث ذلك أيضا بالنسبة لقانون المرافعات المطبق الآن ، وقانون التجارة الجديد ، فهذه القوانين وغيرها ، قد نصت على إلغاء العمل بالقوانين السابقة عليها .

كما أن قانون العمل المطبق حاليا – رقم ١٩٨١/١٣٧ قد نص صراحة على إلغاء العمل بالقانون السابق عليه الصادر ١٩٥٩ .

الطريقة الثانية ، أن يصدر قانون يتضمن نصا يقضى بأن العمل به ينتهى بانتهاء مدة معين ، أو بتحقق واقعة معينة . ومثال القوانين التى ينتهى العمل بها بانتهاء مدة معينة قوانين الأحكام العرفية .

تصدر لفترة معينة هى فترة الطوارئ ، وهى مؤقتة . ومثـــال القوانيـــن التى تنتهى بانتهاء واقعة معينة ، ما ورد بنـــص م ٨ مـــن القـــانون ١٨٤ / ١٩٥٨ فى شأن تنظيم الجامعات بأنه " إلى أن يتم تشـــكيل مجلـــس جامعـــة أسيوط ، وهيئاتها المختلفة المبينة فى القانون المرافق ، يتولى وزير التربيـــة اختصاصات مجلس الجامعة ويتولى مدير الجامعة بـــاقى الاختصاصـــات ". فالنص موقوت ، على واقعة معينة هى تشـــكيل مجلـــس جامعـــة أســيوط ، وهيئاتها المختلفة . بحيث ينقضى بذلك .

ثانيا الإلغاء الضمنى :

يكون إلغاء التشريع ضمنيا فـــى حـــالتين همـــا ، أن يصـــدر تشـــريع لاحق يتضمن قاعدة قانونية تتعارض مـــع تشـــريع ســـابق ، أو أن يصـــدر تشريع جديد ينظم نفس الموضوع الذى ســـبق أن نظمـــها تشـــريع ســـابق . على النحو الآتى بيانه:

١- قيام التعرض بين قاعدة قانونية جديدة مع قاعدة قانونية سابقة :

إذا صدر تشريع لاحق يتضمن قاعدة قانونية جديدة تتعارض مع القـــاعدة القانونية التى يشتمل عليها التشريع السابق ، فعندئذ لا يمكن التوفيق بينـــهما إلا بإلغاء واحد من النصين ، والمنطق أن التشريع اللاحق ينسخ التشريع السابق.

والقول بإلغاء النص السابق ، فى حالة التعارض مـــع النـــص اللاحـــق مشروط بأن يكون التعرض كليا . بمعنى أن يكون التعـــارض بيـــن القـــاعدة القانونية اللاحقة ، والقاعدة القانونية السابقة فى جميع الأحكام . بحيث يستحيل

التوفيق بينهما . وعندها ، فإن اللاحق – فيما ذكرنا – يلغى السابق .

أما إذا كان التشريع اللاحق ، يتعارض مع التشريع السابق جزئياً فإن الإلغاء لا يكون إلا فى الحدود التى وقع فيها التعرض . بحيث يستمر العمل بالتشريعين اللاحق ، والسابق ، فى الأحكام الأخرى ، التى لم يقع فيها التعارض .

ثانيا : ولا يمكن القول ، بإلغاء التشريع اللاحق للتشريع السابق بسبب التعارض بينهما إلا إذا كانا من طبيعة واحدة . بمعنى أن تكون الأحكام التى تتضمنها كل من القاعدتين ، اللاحقة ، والسابقة ، عامة أو خاصة . فالثابت – على ما سنرى حالاً – أن النص الخاص يقيد النص العام ، سواء كان لاحقاً ، أو سابقاً عليه .

ونعرض فيما يلى لفرضين : الأول ، التعارض بين نص عام ونص خاص ، ثم التعرض بين نص خاص ونص عام :

أ) التعارض بين نص عام ونص خاص :

إذا حدث تعارض بين تشريع سابق تضمن حكماً عاماً ، ثم جاء التشريع اللاحق بحكم خاص . أى تعلق بحالة خاصة ، من عموم الحالات التى تضمنها التشريع السابق . فالثابت أن الحكم الخاص الذى جاء به التشريع اللاحق يلغى الحكم الوارد بالتشريع السابق فى هذا الخصوص .

وثمة أمثلة على ذلك ، أهمها – أن القانون المدنى القديم كان يقضى بأن الملكية عموماً – فى الأموال العقارية ، أو فى المنقولات تنتقل بالعقد . ثم

صدر قانون الشهر العقارى ١٩٤٦ ، وقرر أن الملكية لا تنقل فى العقـــارات إلا بالتسجيل . فوجد بذلك تعارض بين تشريع سابق يتضمن حكمـــاً عامـــاً ، بانتقال الملكية بمجرد العقد فى العقارات والمنقولات ، وبين تشريع لاحـــق ، يقضى بأن العقارات لا تنتقل ملكيتها إلا بالتسجيل .

ولذا ، فإن الحكم الوارد بالتشريع الجديد (الخاص) يلغى الحكـــم الـــوارد بالقانون السابق بخصوص انتقال الملكية فى العقارات وحدها . على أن يظـــل التشريع السابق ساريا أو نافذا بالنسبة للمنقولات .

ب) التعارض بين نص خاص ونص عام :

المقصود ، بهذا الفرض ، وجود تعارض بين حكم خاص فـــى التشـــريع السابق ونص عام فى التشريع اللاحق . وفى هذا الفرض فإن النص اللاحـــق لا يلغى النص السابق . بل يعتبر النص الوارد فى القانون اللاحق هو الحكـــم العام . والنص السابق ، يعتبر محض استثناء على المبدأ العـــام الـــوارد فـــى القانون اللاحق . أى يعتد من إطلاقه أو يضيق من نطاقـــه فـــى خصـــوص المسألة الواردة بالقانون السابق . فالثابت أن النـــص الخـــاص ، لا يلغـــى إلا بنص خاص لاحق عليه ، يتعارض معه ، أو ينص صراحة على إلغائه . وأن النص العام الوارد بقانون لاحق لا يلغى النص الخاص الوارد بقانون سابق .

ويضرب الفقه مثلا على ذلك ، بتشريعات تأجير الأماكن التـــى تنطبـــق بشروط خاصة على الأماكن المبنية ، لم يتم إلغائها بالأحكام العامـــة الـــواردة بالقانون المدنى .

كذلك الحال بالنسبة لقانون الشهر العقارى ١٩٤٦ ، الذى تضمن حكما خاصا بالعقارات بمقتضاها ، لا تنقل الملكية فى العقارات إلا بالتسجيل .

ثم بعد ذلك صدر القانون المدنى متضمنا حكما عاما مؤداه ، انتقال الملكية بمجرد نشوء الالتزام – م٢٠٤ مدنى ، إلا أن هذا الحكم العام الوارد فى القانون المدنى ، لا يلغى النص الخاص الوارد بقانون الشهر العقارى بخصوص انتقال الملكية العقارية بالتسجيل . وبذا ينطبق حكم القانون المدنى على المنقولات ، وتظل انتقال الملكية العقارية محكوما بالنص الخاص السابق

٢- إعادة تنظيم موضوع معين سبق تنظيمه بتشريع سابق :

وإلى هذه الصورة من الإلغاء ، ورد بالمذكرة الإيضاحية للقانون المدنى أن النسخ (الإلغاء) الضمنى يتحقق إذا صدر تشريع جديد ينظم كاملا وضعا من الأوضاع أفرد له تشريع سابق . وفى هذه الحالة يعتبر التشريع السابق منسوخا جملة وتفصيلا ، ولو انتفى التعارض بين بعض نصوص التشريع السابق ، والتشريع الذى تلاه [1] ".

وحقيقة الأمر ، أن تنظيم النص الجديد لذات الموضوع الوارد بالنص القديم يقطع فى الدلالة ، على إلغاء النص القديم ، حتى ولو لم يذكر المشرع ، إلغاء النص القديم صراحة .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج١ ، ص ١٩٦ .

الفرع السادس

نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان

وضع المشكلة :

أمران لا يمكن تجاهلهما ، لتحديد مشكلة النطاق الزمنى للقانون :

الأول : أن النصوص القانونية بطبيعتها غير مؤبدة . وإنمـــا إلـــى زوال مهما طالت مدة العمل بها . ذلك أن الوقائع التى يحكمها القـــانون ، تتغـــير أو تزول ، فبتغير النصوص التى تحكمها ، أو تزول .

وإلغاء القانون ، وإصدار قانون جديد يثير التساؤل عن الوقت الذى ينتـــهى فيه تطبيق القانون القديم ، ويبدأ فيه تطبيق القانون الجديد ؟

والأمر الثانى : أن نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان يتحدد - كمـــا ذكرنا - بالفترة التى تبدأ بنفاذه (أى بنشره فى الجريدة الرسمية ، ومضـــى المدة التى يحددها القانون نفسه لبدء نفاذه) . وتنقضى بإلغائه ، فـــإذا انتبـــهنا إلى الأمرين معا ، تعين التسليم بما يلى :

١- أنه لا تثور أدنى صعوبة فى تحديد القانون الواجب التطبيـــق علـــى الوقائع ، أو المراكز القانونية التى تتكون ، وتنتج آثارها فى ظل قانون واحـــد، ومثال ذلك ، إذا أبرم (أ) عقد عمل لمدة سنة بأجر معين مع صـــاحب العمـــل (د) فى ظل قانون معين . وبعد انتهاء مدة السنة وانتهاء علاقة العمل - صـــدر قانـــون جديد يعدل فى الأجـــر بالزيادة ، أو بالنقصان . فلا شأن لهذا القانون

الجديد بعقد العمل الذى أبرم،وأنتج جميع آثاره،وانقضى فى ظل القانون القديم.

وإذا استأجر (أ) منزلا لمدة شهر، فى ظل قانون معين ، وانتهت مدة الإيجار ، ورد المنزل للمؤجر . ثم صدر قانون جديد يقضى بالامتداد القانونى لعقود الإيجار . فلا شك أن هذا القانون لا يطبق على الإيجار الذى نفذ كلية قبل صدوره .

وإذا ارتكب(أ) جريمة فى ظل قانون يقضى بعقوبة الحبس. وصدر الحكم بحبسه ، ثم صدر للقانون الجديد بالجريمة التى ارتكبت فى ظل القانون القديم.

٢- كذلك لا تثور صعوبة تذكر بالنسبة لنطاق تطبيق القانون من حيث الزمان بالنسبة للمراكز القانونية التى لا تنشأ إلا بعد العمل بالقانون الجديد . ومثال ذلك ، أن يصدر قانون فى ٣١ يناير ١٩٩٦ يجعل عقود الإيجار تتحدد من حيث الأجرة ، أو المدة باتفاق المتعاقدين . ويقوم (ب) فى ٩ فبراير بتأجير منزله . فلا شأن للقانون القديم بعقد الإيار الذى لم ينشأ إلا بعد صدور القانون الجديد .

٣- إنما تثور المشكلة بالنسبة للمراكز القانونية التى يستغرق تكوينها أو تنفيذها فترة من الزمن ، ويصدر خلالها قانون جديد . بحيث يطرح التساؤل. هل تظل المراكز القانونية محكومة بالقانون القديم ـ أى الذى نشأت فى ظله. أم يسرى عليها القانون الجديد الذى لم تكتمل ، أو تنفذ ، أو تنتج آثارها إلا تحت سلطانه.

ونضرب على ذلك الأمثلة التالية :

• أوصى (أ) بثلث ثروته إلى (ب) فى ظل قانون يجيز الوصية فى حدود الثلث . وقبل وفاة الموصى ، وانتقال ملكية الثروة إلى (ب) يصدر قانون جديد لا يجيز الإيصاء إلا فى حدود الربع . فهل تظل الوصية محكومة بالقانون القديم الذى نشأت فى ظله، أم بالقانون الجديد الذى لم تكتمل آثارها إلا تحت سلطانه ؟

• كان سن الرشد فى مصر ١٨ سنة . ثم صدر قانون ٩٢٥ (قانون المجالس الحسبية) يرفع سن الرشد إلى ٢١ سنة كاملة . والسؤال : هل يسرى القانون الجديد على الأشخاص الذين بلغوا سن ١٨ سنة قبل صدوره أى قبل (١٩٢٥) وبالتالى يعودون ناقصى الأهلية ، بكل ما يترتب على ذلك من آثار تتعلق بالتصرفات التى أبرموها . أم يظلون كاملى الأهلية – إعمالا للقانون القديم ما داموا قد بلغوها قبل صدور القانون الجديد ؟ .

• اقترض (أ) من (ب) مبلغا من النقود لمدة خمس سنوات بفائدة ١٠% ، وبعد انقضاء ثلاث سنوات صدر قانون جديد لا يجيز الاتفاق على الفائدة بأكثر من ٧% . فهل يظل القرض خاضعا للقانون القديم (الذى نشأ فى ظله) وبالتالى تبقى الفائدة كما هى ١٠% – أم يطبق القانون الجديد ، بحيث يتم تخفيضها إلى ٧% .

• ارتكبت جريمة فى ظل قانون يجعل عقوبتها الحبس ، وأثناء نظر الدعوى الجنائية ، وقبل صدور الحكم ، يصدر قانون جديد ، يجعل **العقوبة السجن ، أو يخفف من العقوبة . فهل يطبق على الجانى القانون**

القديم ، أم القانون الجديد ؟ .

● تزوجت السيدة (س) من (ص) فى ظل قانون لا يجيز لها خلع زوجها، ثم صدر قانون جديد يجيز لها خلع زوجها،وفقا لإجراءات وشروط معينة. فهل تظل محكومة بالقانـــون القديم ، الذى لا يخولها الحق فى الخلـــع ، أم القانون الجديد ؟ .

وبعد . هذه هى مشكلة تطبيق القانون فى الزمان ، أو فيما يسميها البعـــض بحق مشكلة تنازع القوانين فى الزمان ، اعتبارا بـــأن كـــل مـــن القـــانونين المتواليين ، فى الزمان ، يتنازعان حكم المركز القانونى .

فكيف يمكن حل مشكلة تنازع القوانين فى الزمان ؟ وكيـــف نشـــير إلـــى القانون الواجب التطبيق منها على المركز القانونى ؟ .

ونبادر إلى التنويه – فى البداية – بأن المشرع قد تكفـــل بوضـــع حلـــول تشريعية دائمة أحيانا ، أو انتقالية فى أحيان أخرى لمشكلة تنازع القوانين فـــى الزمان .

أما الحلول التشريعية الدائمة ، فتمثل فيما ورد النص عليه فـــى القـــانون المدنى ، وقانون المرافعات ، وقانون العقوبات من حلـــول بالنســـبة لبعـــض الموضوعات . بحيث تطبق هذه الحلول كلما صدر قانون جديد – فيها – يثـــير مشكلة التنازع – لذا سميت بالحلول التشريعية الدائمة . التى تشـــمل مســـائل الأهلية ، والإثبات ، والتقادم . فضلا عن النصوص المتعلقـــة بالمرافعـــات ، والقانون الجنائى ، على ما سنرى حالا .

وإلى جانب الحلول التشريعية الدائمة ، فقد يتضمن التشـــريع نفســه فـــى موضوع ما حلولا انتقالية تحدد نطاق سريانه مـــن حيــث الزمـــان ، دون أن يكون لهذه الحلول علاقة بما قد يصدر فى المستقبل من تشريعات تنظـــم ذات الموضوع . لذلك سميت بالحلول التشريعية الانتقالية[1] .

ويظل التساؤل قائما عن ماهية الحل ، يوجد بشأن موضوع ما ، أية حلـول تشريعية (دائمة أو انتقالية) تحدد النطاق الزمنى بأن الحلول التشريعية الدائمـة لا تشمل إلا بعض الموضوعات . وأن الحلول التشريعية الانتقالية ، قـــاصرة على بعض التشريعات ، فى بعض الموضوعات ، ولا علاقة لها بما يصـــدر مستقبلا من تشريعات تنظم ذات الموضوع .

والإجابة ، أن على القضاء – فى هذه الحالة – أن يطبق المبادئ العامـــة ، وخاصة ، مبدأ عدم رجعية القوانين .

وفيما يلى ، نتناول الحلول التشريعية لحل مشكلة تنازع القوانين قبـــل أن نعرض للمبادئ العامة ، لحل المشكلة فى حالة عدم وجود حلول تشريعية :

المحور الأول : الحلول التشريعية

اشتمل القانون المصرى – فيما رأينا – على حلول تشريعية فى عدد مـــن الموضوعات بالقانون المدنى، وبقانون المرافعات ، وقانون العقوبات . وهذه

---

(1) ولن نعرض لها ، فى دراسة لا تتضمن إلا الأصول ، أو القواعد الكلية ونحيـــل فـــى دراستها إلى مراجع أو مؤلفات النظرية العامة للقانون .

الحلول التشريعية ، شملت مسائل الأهلية ، والتقادم ، وأدلة الإثبات ، فضـــلا عن نصوص قانون المرافعات، والقانون الجنائي. على التفصيل الآتى بيانه :

١- النصوص المتعلقة بالأهلية :

وإعمالا لما ورد بالمادة ١/٦ من القانون المدنى ، فإن النصوص المتعلقة بالأهلية ، تسرى على جميع الأشخاص الذين تنطبق عليهم الشروط المقـــررة فى هذه النصوص .

والمقصود بالأهلية فى النص السابق ، أهلية الأداء ، وهى فيما سنرى ، صلاحية الشخص لأن يباشر التصرفات القانونية لحسابه ، بحيث تتبـــع هـــذه التصرفات أثرها قانونا .

وتتدرج أهلية الأداء ، بحسب السن ، بحيث أن من لم يبلغ سبع ســـنوات يكون عديم التمييز ، ومن بلغها ، ولم يبلغ بعد سن ٢١ يكون ناقص الأهلية ، ومن بلغ سن ٢١ سنة ميلادية كاملة ، يكون بالغا رشيدا .

والمشكلة تثور ، فيما لو صدر قانون جديد يعدل ، بالتخفيض أو الزيـــادة سن الرشد ، أى اكتمال الأهلية – فهل يعتد هنا – بالقانون الجديد . والحقيقـة أن الحل الذى أتى به المشرع ، أنه إذا صدر قانون جديد يرفـــع أو يخفــض سن الرشد ، فإن حكمه يسرى فورا على جميع الأفراد بغــض النظــر عــن مركزهم فى ظل القانون القديم . فإذا كان سن الرشد فى القانون القديـــم ٢١ سنة ، فجعلها القانون الجديد ١٨ سنة ، كان حكم القـــانون الجديـــد واجـــب التطبيق ، بحيث يصبح كل من بلغ ١٨ سنة كامل الأهلية ، بصـــرف النظـــر

عن القانون القديم . وإذا كان القانون القديم يجعل سن الرشد ١٨ سنة ، ثم صدر قانون جديد يجعل سن الرشد ٢١ سنة ، فإن القانون الجديد يسرى على جميع الأشخاص فى سن من ١٨ إلى ٢١ سنة ، فيعودون ناقصى الأهلية – أى طبقا للقانون الجديد – رغم أنهم ، وفقا للقانون القديم يعتبرون كاملى الأهلية . وعندئذ يثور التساؤل عن حكم التصرفات التى أبرمها هؤلاء ، قبل العمل بالقانون الجديد ؟ .

أجابت عن ذلك المادة السادسة ، بأنه إذا عاد شخص توافرت فيه الأهلية بحسب نصوص قديمة ، ناقص الأهلية بحسب نصوص جديدة ، فإن ذلك لا يؤثر فى تصرفاته السابقة .

٢- النصوص المتعلقة بالتقادم :

المقصود بالتقادم ، مرور الزمن الذى يرتب عليه القانون أثرا معينا . والتقادم على نوعين : مكسب ومسقط . أما **الأول** ، ففيه ، يترتب على مضى الزمن اكتساب شخص حقا لم يكن له . فمن يضع يده على عقار لمدة ١٥ سنة بنية تملكه ، ومضى على وضع اليد فعلا ١٥ سنة، يتملكه بمضى المدة، وهذا هو التقادم المكسب [١].

وأما الثانى ، وهو التقادم المسقط ، فمعناه ، أن مضى الزمن يسقط الحق عن صاحبه . ومن ذلك مثلا ، أن يكون (أ) دائنا ل (ب) بمبلغ معين ،

---

(١) بافتراض توافر الحيازة الهادئة ، والظاهرة ، والواضحة ، والعلنية ، فضلا عن العنصر المعنوى فى الحيازة .

فيسكت عن مطالبته بالمبلغ مدة تزيد عن ١٥ سنة . فيسقط عن الدائن حقـــه بمضى المدة . والمهم ، أن القانون هو الذى يحدد مدة التقادم .

والمشكلة تثور ، إذا بدأت مدة التقادم فى ظل قانون معين ، ثـــم صـــدر قانون جديد يطيل المدة. فما هو الحل؟.أجابت عن ذلك المـــادة ٧/١ مدنـــى ، بقولها أن النصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم ، من وقت العمل بها على كـــل تقادم لم يكتمل .

ومعنى ذلك أنه ، إذا صدر قانون جديد ، يطيل مدة التقادم كـــان واجـــب التطبيق على كل تقادم لم يكتمل مدته فى ظل القانون القديـــم . فـــإذا صـــدر قانون جديد يجعل مدة التقادم ١٨ سنة بدلا من ١٥ سنة ، تعين تطبيق القانون الجديد ، إذا كان واضع اليد على العقار قد أمضى مثلا ١٢ سنة . بحيـــث لا يكتسب ملكية العقار إلا بعد ست سنوات أخرى . وهى المدة الباقيـــة ، وفقـــا للقانون الجديد ، بدلا من ثلاث سنوات ، طبقا للقانون القديم .

وعلى العكس من ذلك ، إذا قرر النص الجديد مدة التقادم أقصـــر ممـــا قرره النص القديم ، سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد ، ولـــو كانت المدة القديمة قد بدأت قبل ذلك . أما إذا كان الباقى من المدة التى نـــص عليها القانون القديم أقصر من المدة التى قررها النص الجديد ، فإن التقـــادم يتم بانقضاء هذا الباقى (المادة ٨ /مدنى) .

ومعنى ذلك ، أن حل مشكلة التنازع ، حال صدور قانون جديد ، بقصـــر مدة التقادم يستتبع – أخذا من النص السابق – التفرقة بين فرضيـــن : **الأول :**

أن تكون مدة التقادم بالقانون الجديد كاملة أطول مما تبقى من مـــدة القـــانون القديم . فإن القانون القديم هو الذى يطبق . ومثال ذلك ، إذا فرضنـــا أن (أ) واضع اليد على العقار استمر ٨ سنوات فى ظل قانون يجعل مدة التقادم ١٥ سنة ، ثم صدر قانون جديد يجعل مدة التقادم عشر سنوات،فإن(أ)واضع اليـــد يكتسب ملكية العقار بعد سبع سنوات فقط . وهى المدة الباقية ،طبقا للقـــانون القديم .

أما الفرض الثانى ، وفيه تكون مدة التقادم بالقانون الجديد كلـــها أقصـــر من الباقى من مدة التقادم بالقانون القديم . والحل هو صرف النظر عن المـــدة الباقية بحسب القانون القديم ، والاعتداد بالمدة المنصوص عليـــها بالقـــانون الجديد .

فإذا وضع (أ) يده على عقار لمدة أربع سنوات فى ظل قانون يجعل مـــدة التقادم ١٥ سنة ، ثم صدر قانون جديد يجعل التقادم بمضى ١٠ سنوات ، فإن **الحائز يكتسب ملكية العقار بعد مضى عشر سنوات من تاريخ نفـــاذ القـــانون** الجديد . ذلك أن مدة التقادم فى ظل القانون الجديد وهى (١٠سنوات) أقصـــر مما بقى من مدة بحسب القانون القديم وهى (١١ سنة) . لذا وجـــب تطبيـــق القانون الجديد .

٣- النصوص المتعلقة بأدلة الإثبات :

المقصـــود بالإثبات ، إقامة الدليـــل أمـــام القضاء على الواقعة القانونيـــة مصدر الحق المدعى به ، بأدلة معينة ورد النص عليها بقانون الإثبات .

- وأدلة الإثبات هى الكتابة ، والشهادة ، والقرائن ، والإقرار ، واليمين.

- وبعض أدلة الإثبات يجب إعداده مقدماً ، كالكتابة ، وبعضها لا يقوم إلا إذا وقع النزاع فعلاً ، كالشهادة ، والقرائن ، والإقرار ، واليمين .

والمشكلة تثور إذا وجد قانون خاص بالإثبات يحدد أنواع الأدلة ، وقيمة كل دليل ، ثم يصدر قانون جديد ينظم ذات الموضوع . فتثور مشكلة تحديد النطاق الزمنى لكل من القانونين ؟ وقد أجابت عن ذلك المادة ٩/ مدنى بقولها " تسرى فى شأن الأدلة التى تعد مقدماً النصوص المعمول بها فى الوقت الذى أعد فيه الدليل ، أو فى الوقت الذى كان ينبغى فيه إعداده ".

ونكرر ، بأن المقصود بالأدلة التى تعد مقدماً هو الكتابة . والقاعدة على ما ورد بالنص السابق أن القانون الذى يسرى على أدلة الإثبات التى تعد مقدماً هو القانون المعمول به وقت إعداد الدليل أو فى الوقت الذى يجب إعداده فيه .

وتطبيقاً لذلك ، إذا كان القانون القديم لا يجيز إثبات التصرف الذى لا تزيد قيمته عن عشرين جنيها إلا بالكتابة ، ثم صدر قانون جديد يجيز إثبات التصرف الذى لا تزيد قيمته عن عشرين جنيها بالبينة . فإن القانون الجديد لا يطبق على التصرف الذى أبرم قبل نفاذه ، وبالتالى لا يثبت التصرف فى هذا المثال إلا بالكتابة .

وعلى التصرف الذى أبرم قبل نفاذه ، وبالتالى لا يثبت التصرف فى هذا المثال إلا بالكتابة .

وذا كان القانون الجديد يجيز إثبات التصرف الذى لا تزيد قيمته عن عشرين جنيهاً بالبينة ثم صدر قانون جديد لا يجيز إثبات التصرف الذى تزيد قيمته عن عشرين جنيهاً إلا بالكتابة . فإن هذا القانون الجديد لا يطبق على التصرف الذى أبرم قبل نفاذه .

٤- النصوص المتعلقة بقانون المرافعات :

أخذاً من نص المادة الأولى من قانون المرافعات . تسرى قوانين المرافعات على ما لم يكن فصل فيه من الدعاوى ، أو ما لم يكن تم من الإجراءات قبل تاريخ العمل بها .

وبذا ، فإن نصوص قانون المرافعات تنطبق من تاريخ نفاذها على جميع الدعاوى المعروضة على القضاء ، التى لم يتم الفصل فيها بحيث أنه إذا صدر قانون جديد يجعل الاختصاص بنظر الدعوى لمحكمة أخرى ، تعين على المحكمة الأولى ، استناداً إلى مبدأ الأثر الفورى لقوانين المرافعات ، إحالة الدعوى بالحلة التى عليها إلى المحكمة التى أضحت مختصة ، طبقاً للقانون الجديد .

وإذا كان القانون الجديد يعدل فى الإجراءات السابقة ، فإنه يسرى على كل إجراء يتخذ ، بعد تاريخ العمل به ، أى بأثر فورى .

وقد استثنى المشرع من تطبيق مبدأ الأثر الفورى لقوانين المرافعات ما يلى:

١-القوانين المعدلة للاختصاص ، متى كان العمل بها قد قفل باب المرافعة فى الدعوى (م١/١ مرافعات) . بحيث تظل محكومة بنصوص بالقانون

القديم ، مادام أن الدعوى أصبحت صالحة للحكم فيها .

٢-القوانين المعدلة للمواعيد ، إذا كان الميعاد قد بدأ قبل تاريخ العمل بالقانون الجديد (م ٢/١ مرافعات).

٣- القوانين المنظمة لطرق الطعن بالنسبة لما صدر من الأحكام قبل تاريخ العمل بها متى كانت هذه القوانين ملغية ، أو منشية لطريق من تلك الطرق (م ٣/١ مرافعات).

وإذا كان المبدأ ، فيما رأينا ، سريان نصوص قانون المرافعات بأثر فورى ، فإن هذا المبدأ يكمله مبدأ آخر ، هو عدم رجعية قوانين المرافعات . وهو ما نصت عليه المادة ٢/ مرافعات بقولها " كل إجراء من إجراءات المرافعات تم صحيحاً فى ظل قانون معمول به ، يبقى صحيحاً ما لم ينص على غير ذلك ". ومعنى ذلك أن القانون الجديد ، لا ينسحب إلى الماضى ليحكم إجراءات تمت فى ظل القانون القديم . ونضرب على ذلك مثلا، أن يكون الإعلان قد استكمل شروط صحته فى ظل قانون، ثم صدر قانون آخر ، يضيف أو يغير من هذه الشروط ، فلا ينطبق القانون الجديد .

وإذا كان الميعاد محدداً طبقاً لقانون ، فصدر قانون جديد يعدل فى هذا الميعاد ، فإنه لا يسرى على المواعيد التى تبدأ قبل نفاذه ، وتظل محكومة بالقانون القديم ... وهكذا .

٥- القوانين الجنائية

الأصل فى القوانين الجنائية أنها لا تطبق بأثر رجعى ، بمعنى أن القانون

الجديد لا ينسحب إلى الماضى ليحكم الجرائم التى تقع قبل تاريخ نفاذه .

لذلك نصت م ٥/ عقوبات على أنه " يعاقب على الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها ".

إلا أن المشرع قد استثنى من مبدأ عدم رجعية قوانين المرافعات الحالات الآتية ؛ اعتبر فيها أن القانون الجديد له أثر رجعى . وهى :

أن يصدر بعد وقوع الفعل ، وقبل الحكم فيه نهائياً قانون أصلح للمتهم ، فهو الذى يتبع دون غيره .

وإذا صدر قانون بعد حكم نهائى يجعل الفعل الذى حكم على المجرم من أجله غير معاقب عليه ، حيث يوقف تنفيذ الحكم ، وتنتهى آثاره الجنائية .

المحور الثانى : المبادئ العامة لحل مشكلة التنازع فى حالة عدم وجود حلول تشريعية

إذا لم يوجد حل تشريعى لمشكلة تحديد النطاق الزمنى للقانون ، وهو أمر متصور إذا علمنا أن الحلول التشريعية لا تشمل مختلف الموضوعات فإن التساؤل يثور عندئذ عن ماهية الحل ؟ ونبادر إلى الإجابة بأن على المحكمة أن تتلمس الحل عندئذ من المبادئ العامة ومنها ، وأهمها – فى نطاق دراستنا – مبدأ عدم رجعية القوانين .

والحقيقة أن ثمة اتفاق فى الفقه والقضاء على الأخـــذ بـــالمبدأ ، نظـــرا للاعتبارات المنطقية والعملية ، والعقلية التى تسانده ، لكن الاختلاف قد احتـدم بشأن تحديد المقصود من مبدأ عدم الرجعية . وانقسم الرأى إلـــى نظريتيـــن : نظرية تقليدية، ونظرية حديثة .

ونتناول فيما يلى مبدأ عدم الرجعية ، من حيث الأساس الذى يقوم عليـــه ثم نعرض للمقصود به .

أولاً : الأسس التى يقوم عليها مبدأ عدم الرجعية :.

ذكرنا بأن القاضى إذا لم يجد حلاً تشريعياً ، يحدد النطاق الزمنـــى فـــى قانونين متواليين ، فإنه يلتمس الحل من مبدأ عدم رجعية القوانين وهـــو مبـــدأ مهم ، لذا ، تحرص الدساتير على النص عليه ، فنصـــت م ١ مـــن الدســـتور المصرى ، على أنه " لا تسرى القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بـــها ، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها ".

ويساند مبدأ عدم رجعية القوانين اعتبارات عدة أهمها :

١- أن المنطق يقضى بعدم سريان القانون علـــى المـــاضى . فالقـــاعدة القانونية كما ذكرنا ، خطاب يتوجه به المشرع للأفراد ، للالـــتزام بمـــا ورد فيها. ولا يتصور منطقياً ، أن يتوجه المشرع بخطابه إلى الماضى .

وبعبارة أخرى ، فالقاعدة القانونية تكليف من المشرع للأفـــراد ، بالقيـــام بعمل أو بالامتناع عن عمل . ولا يتصور أن يأمر المشرع الأفراد القيام بعمل فى الماضى .

٢- كما أنه ليس من العدالة محاسبة الأفراد على قانون لم يكن قائما وقت قيامهم بالعمل الذى نحاسبهم عليه. أو على أعمال قاموا بها وهى مباحة، ثم جرمها قانون جديد .

وأخيراً ، فمبدأ عدم رجعية القوانين يحقق الأمن ، والاستقرار فى المعاملات لأنه يمكن الأفراد من تنظيم معاملاتهم طبقاً لقانون معين ، هو القانون المعمول به وقت المعاملة " وقت العقد مثلاً " دون أن تتأثر حقوقهم ، والتزاماتهم بصدور قوانين جديدة .

وإذا كان المبدأ - فيما رأينا - هو عدم رجعية القوانين، فإن هذا المبدأ لا يتقيد به سوى القاضى ، أو الفقيه . أما المشرع فيمكنه بنص صريح أن يخرج عليه ، فيصدر قوانين لها أثر رجعى .

ومع ذلك فسلطة المشرع فى الخروج على مبدأ عدم الرجعية مشروط بشرطين : **الأول** ، أن يكون ذلك فى غير المواد الجنائية . بحيث إذا صدر قانون جديد ، يجرم فعلاً كان مباحاً فى ظل القانون القديم ، أو يشدد من العقوبة عليه ، كان التشريع غير دستورى .

الشرط الثانى ، أن يتقرر الأثر الرجعى للقانون بأغلبية خاصة هى أغلبية أعضاء مجلس الشعب مجتمعين . فالقوانين الأخرى ، تصدر - على ما رأينا - بأغلبية الأعضاء الحضور .

ثانيا : مفهوم عدم رجعية القوانين

رأينا بأن الفقه والقضاء :

انعقد إجماع الفقه ، والقضاء على الأخذ بمبدأ عدم رجعية القوانين . لكن الاختلاف قد نشأ بصدد المقصود بعدم رجعية القوانين . بين نظريتين : النظرية التقليدية ، ويمكن أن نطلق عليها نظرية الحق المكتسب ، ومجرد الأمل . والنظرية الحديثة وتسمى بنظرية الأثر الفورى للقانون .

١ - النظرية التقليدية :

القواعد التي تقوم على النظرية التقليدية تتمثل فيما يلى أن القانون الجديد لا يجوز أن ينسحب إلى الماضى ، لأنه يمس عندئذ بالحقوق المكتسبة للأفراد قبل نفاذه ، وهو غير جائز ، لأننا إذا قلنا بغير ذلك فإنه يكون تطبيقا للقانون بأثر رجعى ، والمبدأ هو عدم رجعية القوانين .

والثانى ، أنه إذا لم يمس تطبيق القانون بحق مكتسب، وإنما بمجرد أمل، فلا يكون هذا التطبيق محظوراً ، لأنه ليس تطبيقا للقانون بأثر رجعى .

والثالث ، هو التفرقة بين الحق المكتسب ، ومجرد الأمل . وفى الأول يحظر على القانون الانسحاب إلى الماضى . وفى الثانى ، يجوز أن يمتد إليها القانون الجديد ليحكمها . والأول غير جائز لأن المساس بالحق المكتسب ، تطبيق للقانون بأثر رجعى . والثانى جائز لأن المساس بمجرد الأمل ، ليس تطبيقا للقانون بأثر رجعى .

وإذا كانت النظرية التقليدية قد فرقت بين الحق المكتسب ومجرد الأمل إلا أن أنصارها ، اختلفوا فى تعريف الحق المكتسب ومجرد الأمل :

فالبعض يرى أن الحق المكتسب هو الحق الذى دخل فى ذمة صاحبه

نهائياً بحيث لا يمكن نزعه منه برضاه . والبعض على أن الحـــق المكتســب الذى يقوم فى صاحبه سبب اكتساب الحق ، ولو لم يدخل فى ذمته بعد .

أما مجرد الأمل ، فكما يتضح من التسمية ، مجرد ترقب اكتساب حق مـا فى المستقبل ، بينما الحق لم يوجد بعد فى ذمة المترقب . ومثال ذلك الأمـــل فى الإرث ، طالما المورث على قيد الحياة .

استثناءات :

النظرية التقليدية إذن تقوم على مبدأ عدم مساس القانون الجديد بـــالحقوق المكتسبة وإلا اعتبر ذلك محض تطبيق للقانون بـــأثر رجعـــى . إلا أنـــه قـــد أوردت على ذلك استثناءات عدة ، تجيز فيها انسحاب القـــانون الجديـــد إلـــى الماضى،حتى ولو كان فى ذلك مساساً بحق مكتسب ، وهذه الاستثناءات هى :

١-حالة النص الصريح على ذلك من المشرع .

٢-حالة القوانين المتعلقة بالنظام العام ،والآداب العامة ، فتطبق بأثر رجعـــى حتى ولو أخلت بحقوق مكتسبة .

٣-حالة التشريعات التفسيرية .

تقدير النظرية التقليدية :

لقد أخذ على النظرية التقليدية أنها قامت على التفرقة بين الحق المكتســب ومجرد الأمل. إلا أن أنصارها، اختلفوا فى معنى ومغزى الحقوق المكتســـبة. وقال أنصارها بأن الحق المكتسب هو الحق الذى ينبغى على المشرع احترامه

كذا ، فإن وجود حقوق مكتسبة ، يعنى أن هناك حقوق غـــير مكتســـبة ، وهو تناقض لا نفهمه .

وأخيراً ، فإن اختلاف المعايير التى قال بها أنصـــار النظريـــة التقليديـــة لتحديد الحق المكتسب، ومجرد الأمل ، ترتب عليها اختلاف النتائج القانونية .

وكان من أثر الانتقادات التى وجهت للنظريـــة التقليديـــة ، أن ظـــهرت نظرية أخرى ، حاول أنصارها وعلى رأسهم روبييـــه ، تلافـــى الانتقـــادات السابقة ، وهى النظرية الحديثة ، التى نعرض لها فيما يلى :

٢- النظرية الحديثة :

تقوم النظرية الحديثة على مسألتين : **الأولى سلبية** ، ومؤداها أن القـــانون لا ينسحب إلى الماضى ليحكم وقائع أو مراكز قانونية قبل تاريخ العمل بـــه . **والثانية إيجابية** ، وبمقتضاها أن القانون يسرى فوراً ، على المراكز القانونيـــة التى تقع ابتداءً من تاريخ العمل به .

أولاً : عدم رجعية القانون :

أوضح أنصار النظرية الحديثة هذه المسألة ، ببيان العلاقة بين القـــانون ، والمركز القانونى . فقسمت القوانين على هذا الأساس إلى ثلاثة أنواع :

١-نصوص قانونية تتعلق بتكوين أو نشأة المركز القانونى ، كالنصوص التـــى تحكم قواعد انعقاد العقد .

٢-ونصوص تتعلق ببيـــان آثار المراكز القانونيـــة ، كالنصوص التى تتعلق

بتحديد التزامات ، وحقوق المتعاقدين .

٣-ونصوص تتعلق بانقضاء المراكز القانونية ، كالنصوص الخاصة بانقضاء العقد .

ونفصل ما أجملناه فيما يلي تباعاً :

١- القانون الجديد ينظم تكوين أو نشأة المركز القانوني :

المبدأ ، في هذا الشأن ، أنه إذا صدر قانون جديد ينظم تكوين أو إنشاء مركز قانوني ، كالقانون الذي يحدد أركان انعقاد العقد ، أو شروط صحته ، فلا شأن له بالمراكز القانونية التي تم تكوينها فعلاً ، في ظل قانون قديم ، حتى ولو كان المركز القانوني لم ينقض بعد .

وتطبيقاً لذلك ، لا يسري القانون الجديد الذي يعدل في أنصبة الورثة على التركات التي توفى أصحابها قبل العمل به .

ولا يسري القانون الجديد على عناصر التعويض عن الفعل الضار الذي وقع قبل تاريخ العمل به .

ولا يسري القانون الجديد على العقد ، الذي استكمل أركان انعقاده وشرائط صحته ، في ظل قانون سابق .

ولا يسري القانون الجديد الذي يقضي بعدم جواز تملك أموال الدولة الخاصة بوضع اليد عليها ، على ما يكون قد تم كسب ملكيته بالتقادم من أموال الدولة قبل العمل به [١].

---

(١) نقض ٧ مارس ١٩٦٨ ، أحكام النقض ، س ١٩ ، ص ٥٢٨.

وإجمالاً ، فليس للقانون الجديد - أن ينسحب إلى الماضى ليحكم المراكز القانونية التى نشأت أو تكونت فى ظل قانون قديم . ولا يعتبر من ذلك أن يكون المركز القانونى لم ينقضى.

٢- القانون الجديد ينظم آثار المركز القانونى :

المقصود بآثار المركز القانونى ، الإجابة عن السؤال الآتى ، ما هى الحقوق ، والالتزامات التى تتولد عن المركز القانونى ؟.

والقاعدة ، أن القانون الجديد ، الذى ينظم آثار المركز القانونى لا شأن له بالآثار التى تمت فى ظل قانون جديد .

وتطبيقاً لذلك . فلا شأن للقانون الجديد بالعقود التى أنتجت آثارها فى ظل قانون قديم . وإذا أبرم عقد قرض لمدة عشر سنوات بفائدة ٨% فى أكتوبر ٢٠٠٠ . ثم صدر قانون جديد فى أكتوبر٢٠٠٣ ينزل بسعر الفائدة إلى ٤% . فلا شأن له بالفوائد التى تولدت عن عقد القرض فى الفترة من أكتوبر ٢٠٠٠ إلى أكتوبر ٢٠٠٣ .

وإذا صدر قانون جديد يعدل فى مبلغ النفقة للزوجة عن الطلاق فلا ينسحب ليحكم النفقة الزوجية عن الطلاق الذى وقع فى ظل قانون قديم .

وإذا صدر قانون جديد على أن الملكية فى العقارات لا تنتقل إلا بالتسجيل ، فإنه لا يحكم عقود البيع العقارية التى تمت فى ظل قانون سابق ، يقضى بانتقال الملكية فى العقارات بمجرد العقد .

بإيجاز، فإن القانون الجديد لا ينسحب إلى الماضى ، ليحكم آثار المراكز

القانونية التى تمت فى ظل قانون قديم ، وإلا اعتبر ذلك محض تطبيق لرجعية القوانين ، وهو محظور .

٣- القانون الجديد ينظم انقضاء المركز القانونى :

نذكر بأن انقضاء المركز القانوني، يعني انتهاء الآثار التى ترتبت عليـه . والقاعدة أن القانون الجديد لا شأن له بالمراكز التي انقضت فعلاً قبل تـاريخ العمل به .

وعلى ذلك ، إذا وضع (أ) يده على عقار بقصد تملكه ، ، وانقضت مـدة التقادم المكسب ، فعلا ، ثم صدر قانون جديد يطيل المـدة اللازمـة لكسب الملكية بالتقادم . فلا شأن له بما تملكه (أ) فى ظل القانون القديم .

إنما تثور الصعوبة ، بالنسبة للمراكز القانونية التـى تنشـأ ، وتنقضـى بتوافر عنصرين : فيصدر قانون جديد ، يعدل فى واحد منهما دون الآخـر . والقاعدة فى هذا الشأن ، أن القانون الجديد لا يمس العنصر الذى تم فى ظـل قانون قديم . ومثال ذلك ، الوصية التى تستلزم بالضرورة توافر عنصرين : **الأول** ، صدور المحرر المثبت لها فى الشكل الذى يتطلبه القانون . والثانى ، وفاة الموصى مصراً عليها فإذا أكتمل العنصر الأول ، ثم صدر قانون جديـد قبل وفاة الموصى يعدل من شكل الوصية أو مـن شـروط الإيصـاء ، فـلا ينسحب إلى الماضى ليحكم عنصراً اكتمل فـى ظـل قـانون قديـم . بينمـا يخضع العنصر الثانى، القانون الجديد دون أن يعتبر ذلـك تطبيقـاً للقـانون بأثر رجعى .

ثانياً : الأثر الفورى (المباشر) للقانون :

الأثر الفورى للقانون – على ما رأينا – هو الجانب الإيجابى الذى تقوم عليه النظرية الحديثة وبه تكتمل ، ويستمد أهميته ، بأن مبدأ عدم رجعية القانون يحدد لنا ماهية المسائل التى لا ينطبق عليها القانون الجديد . وهو ما يتكفل به مبدأ الأثر الفورى ، الجانب الإيجابى .

والقاعدة ، أن القانون الجديد يحكم ما يقع فور العمل به على تكوين أو آثار ، أو انقضاء المراكز أو الوقائع القانونية ، حتى ولو كانت ناشئة عن مراكز قانونية تمت فى ظل قانون سابق . وتفصيلاً لذلك ، فلا صعوبة بالنسبة للمراكز القانونية التى تبدأ ، وتنتج آثارها فى ظل قانون سابق ، ثم يصدر قانون لاحق ، حيث يظل المركز القانونى محكوماً بالقانون الذى بدأ، أو أنتج آثاره فى ظله . وإنما تثور الصعوبة بالنسبة للمراكز القانونية الممتدة فى الزمن الذى تتكون أو تنشأ فى ظل قانون ثم تستكمل عناصر نشأتها فى ظل قانون جديد . وبذا يثور التساؤل ، هل ينطبق عليها القانون القديم الذى بدأت فى ظله ، أم ينطبق القانون الجديد ، الذى استكملت عناصر نشأتها تحت سلطانه .

وأخذاً من مبدأ الأثر الرجعى الفورى للقانون ، أن القانون الجديد ينطبق على المراكز القانونية التى نشأت فى ظل القانون القديم اعتباراً بأنها لم تستكمل نشأتها إلا فى ظل القانون الجديد .

ويضرب الفقه [1] مثلاً على ذلك، بأن يقوم (أ) بوضع يده على عقار بنية

---

(١) مثلا ، لبيب شنب ، ص١٩٣ ؛ البدراوى ، ص١٦٩ .

تملكه فى ظل قانون يقضى باكتساب الملكية بالتقادم بعد مضى عشر سنوات ، وقبل اكتمال المدة ، يصدر قانون آخر ، يطيل المدة اللازمة لاكتساب الملكية بوضع اليد إلى ١٥ سنة . فإن القانون الجديد هو الذى يطبق حتى وإن كان وضع اليد ، ، قد بدأ فى ظل القانون القديم .

وإذا أوصى (أ) إلى (ب) بثلث تركته فى ظل قانون يجيز الوصية فى حدود الثلث ، وقبل أن يتوفى (أ) صدر قانون جديد لا يجيز الوصية إلا فى حدود الربع ، فإن القانون الجديد هو الذى يطبق ، حتى وإن كان المركز القانونى ، قد بدأ فى ظل قانون قديم .

ومؤدى الأثر الفورى للقانون الجديد ، أنه ينطبق على كل الآثار التى تترتب بعد نفاذه، حتى ولو كانت ناشئة عن مراكز قانونية تمت فى ظل قانون قديم ، مادام أن آثارها لم تتحقق إلا فى ظل القانون الجديد .

وعلى ذلك فإذا صدر قانون جديد يجيز للزوجة خلع زوجها بإرادتها المنفردة . فإنه ينطبق على كل من ترغب فى الخلع . حتى ولو كان عقد الزواج قد أبرم فى ظل قانون قديم لا يجيز للزوجة خلع زوجها .

وإذا صدر قانون جديد يخفض سعر الفائدة على القروض من ١٠% إلى ٧% فإنه ينطبق على الفوائد التى تستحق فور العمل به أة ولو كانت ناشئة عن عقود قرض فى ظل قانون قديم.

استثناء من مبدأ الأثر الفورى :

إذا كانت النظرية الحديثة تقوم على جانبين أحدهما سلبى ، مؤداه عدم

رجعية القانون ، **والثانى إيجابى** ، يقوم على أن القانون الجديد ينطبق على المراكز ، أو الوقائع التى تتم فى ظله ، حتى، ولو بدأت فى ظل قانون قديم . فقد استثنى أنصار النظرية من مبدأ الأثر الفورى للقانون الجديد ، ما يتعلق بآثار العقد فى المستقبل ، حيث تظل خاضعة للقانون القديم الذى أبرم العقد فى ظله شريطة ألا تتعلق هذه الآثار بالنظام العام .

وهو ما يطلق عليه الأثر المستمر للقانون القديم . تعبيراً عن أن العقد ، تظل محكومة بالقانون الذى أبرم العقد فى ظله . ولا يعتبر من ذلك صدور قانون جديد ، يعدل من هذه الآثار ، مادام أنها لا تتعلق بالنظام العام .

ويستمد هذا الاستثناءات مبرراته من اعتبارات عملية ، تقوم على حماية الثقة فى المعاملات واستقرار الأوضاع التى تستوجب عدم سريان القانون الجديد على العقود التى أبرمت فى ظل قانون سابق .

أما إذا تعلقت آثار العقد بالنظام العام ، فإن القانون الجديد ينطبق عليها ، لو أبرم العقد فى ظل قانون قديم .

المطلب الثانى

العـــــرف

إعمالا لما ورد بالمادة الأولى من القانون المدنى ، فإن العرف مصـــدر من المصادر الرسمية للقاعدة القانونية - يأت تاليا للتشريع مباشرة . بمعنـــى أن القاضى يرجع إليه ، إذا لم يجد نصا تشريعيا يطبقه .

وسوف نعرض للعرف من حيث تعريفه ، وقوته الملزمة ، ودورة فى القـانون المصرى - على النحو التالى بيانه :

أولا : ماهية العرف

العرف هو اعتياد الأفراد على اتباع سلوك معين ، مع الاعتقاد بأن هـذا السلوك ملزم لهم قانونا .

ونخلص من ذلك بأن للعرف ركنين لا يقوم بغيرهما : **الأول** : مـــادى ، **والثانى** : معنوى ، وهو عقيدة الإلزام .

١- الركن المادى (الاعتيادى) :

لكى يوجد عرف ، يجب أن يكون الناس قد اعتادوا اتباع قاعدة معينـــة ، أو مسلك معين ، على أن الاعتياد بذاته لا يكفى لقيام الركن المادى للعـــرف . بل يلزم فوق ذلك توافر شروط معينة فى الاعتياد ، أهمها ،العمومية ، والقـدم، والثبات أو الاضطراب ، على النحو الآتى :

العمومية :

المقصود بالعمومية أن تكون قاعدة السلوك قد اعتاد عدد كبير من النـــاس عليها. ولا يشترط فى العمومية أن يحصل الاعتياد من جميع أفراد المجتمـــع ، بل يكفى أن يكون الاعتياد من جانب أغلبية الأفـــراد . وإنمـــا يشـــترط فـــى عمومية العادة ، ما يشترط فى عمومية القاعدة القانونية ، بمعنى أن تخـــاطب القاعدة العرفية الأشخاص بصفاتهم ، ولا بذواتهم وإلا لا يقوم ركن الاعتياد .

ولا يشترط فى العادة المكونة للركن المادى للعرف أن تكـــون عامـــة ، وليس المقصود بالعمومية ، أن تكون العادة على كل أقاليم الدولـــة . فـــهناك العرف المحلى الخاص بإقليم معين ، والعرف المهنى الذى ينشأ مـــن إعتيـــاد الأفراد الذين يزاولون مهنة ، أو حرفة معينة على اتباع قـــاعدة مـــن قواعـــد السلوك فى معاملاتهم . وبذا ، يمكن القـــول بوجـــود أعـــراف تجاريـــة ، أو أعراف طبية ، أو أعراف زراعية ، على افتراض توافر الشروط الأخرى :

ب- أن تكون العادة قديمة :

والمقصود ، أن يتكرر اتباع العادة مدة من الزمن كافية للقول بأن النـــاس قد اعتادوا هذه القاعدة. إلا أن هذه المدة ، نسبيه ، تختلف باختلاف الظـــروف، وباختلاف قاعدة السلوك ذاتها .

وليس أدل على ذلك ، بأن العرف التجارى ، أسرع فى نشأته من العرف الزراعى ، اعتبارا بأن التجارة تقوم على السرعة فى المعـــاملات ، بعكـــس البيئة الزراعية .

ج- أن تكون العادة ثابتة :

لا تكون العادة ثابتة إلا إذا اضطر سلوك الأفراد على اتباعـــها بصـــورة منتظمة ، أو مستمرة ، بدون انقطاع . بما يسمح بالقول بأن سلوك الأفراد قـــد استقر على الأخذ بها .

٢- الركن المعنوى

لا يكفى اعتياد الناس ، لقيام العرف ، حتى ولو كانت العـــادة ، عامـــة ، وثابتة ، وقديمة فى الزمن . بل ينبغى أن يتوافر ركن آخر ، لا يقوم العــــرف كمصدر رسمي - للقاعدة القانونية - بدونه ، هو عقيدة الإلزام . أى احـــترام القاعدة العرفية ، شأنها فى ذلك شأن سائر القواعد القانونية .

والاعتقاد بلزوم العادة ، هو الذى يميز العـــرف عـــن مجـــرد العـــادة ، وبعبارة أخرى ، فإن مجرد اعتياد الأفراد ، على اتباع ســـلوك مـــا ، بصفـــة مضطردة ، ولمدة طويلة ،دون أن يرسخ فى اعتقادهم ،الالتزام بهذا الســلوك ، يعتبر مجرد إعادة اتفاقية فإن قام الاعتقاد بلزوم السلوك ، كنا بصدد عرف .

والمهم ، أنه إذا تحقق كل من الركنين المـــادى (العـــادة) والمعنـــوى (عقيدة الإلزام) اعتبر ذلك عرفا ، القاعدة القانونيـــة المســـتمدة منـــه تســـمى بالقاعدة العرفية ، وتعتبر فيما رأينا - المصدر الرسمى الثانى بع التشــــريع - ويترتب على ذلك النتائج الآتية :

- أن القاعدة العرفية ، شأنها شأن أى قاعدة قانونيـــة ، لا يجـــوز لأحـــد الاعتذار بالجهل بها للتهرب من تطبيق حكمها .

♦ **على الحكمة أن تطبق القواعد العرفية من تلقاء نفسها ، بحكم أنها قاعدة قانونية .**

♦ **يخضع القاضى فى تطبيق القاعدة العرفية ، وفى تفسيرها ، لرقابة محكمة النقض .**

ثانيا : القوة الملزمة للعرف

العرف هو المصدر الرسمى الثانى للقواعد القانونية فى القانون المصرى، وهو مصدر احتياطى لا يصح الالتجاء إليه إلا إذا لم يجد القاضى نصا تشريعيا يطبقه على النزاع ، ويترتب على ذلك نتائج أهمها :

١- لا يجوز للعرف إلغاء نص تشريعى :

- وتفسير ذلك أن العرف فى المركز الثانى للتشريع . لذا ، نصت المادة الأولى من القانون المدنى على أنه " إذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العرف " .

كما نصت المادة الثانية من القانون المدنى على أنه " لا يجوز إلغاء نص تشريعى إلا بنص تشريعى لاحق . فدل ذلك على أنه لا يجوز إلغاء النص التشريعى بمقتضى عرف لاحق " .

- وحتى إذا وجدت قاعدة تشريعية ، اعتاد الناس على عدم تطبيقها ، فبقيت نصا ميتا ، فليس من شأن اعتياد الناس على عدم تطبيق النص التشريعى ، إلغاء التشريع . فيظل قائما ، ملزما ، يمكن تطبيقه فى أى وقت .

٢- لا يجوز للقاعدة العرفية أن تخالف قاعدة تشريعية آمرة :

القواعد الآمرة - فيما رأينا - لا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالف حكمها ، وإلا كان الاتفاق باطلا بطلانا مطلقا .

ومعنى ذلك أن القواعد الآمرة ، قواعد مطلقة يجب تطبيقها في جميع الحالات . وعليه لا يجوز أن يخالف العرف ، قاعدة آمرة ، بشرط أن تنتمي القاعدة العرفية والقاعدة التشريعية إلى نفس الفرع من أفرع القانون .

ومثال ذلك ، أن يوجد نص في القانون المدني ، يحظر الفائدة المركبة . فينشأ عرف ، يسمح بتقاضي فوائد على مركب الفوائد . فالقاعدة العرفية لا تطبق لأنها تخالف قاعدة تشريعية آمرة .

- وعلى عكس ذلك، إذا وجد نص بالقانون المدني بحظر الفائدة المركبة ، ونشأ عرف تجاري يجيز تقاضي فوائد على مركب الفوائد . أمكن تطبيق العرف التجاري في نطاق المبادلات التجارية - وتطبق النص التشريعي في نطاق المعاملات المدنية (١).

٣- يجوز للقاعدة العرفية ، أن تخالف قاعدة تشريعية مكملة .

القواعد المكملة ، بعكس القواعد الآمرة ، يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالف حكمها بحيث لو وجد اتفاق مخالف لهما ، فهو الذي يطبق ، وتستبعد القاعدة التشريعية المكملة . وإذا كان الاتفاق بين طرفين يسمح باستبعاد

---

(١) وغيرها كثير .

القاعدة المكملة . فمن باب أولى ، يجوز للقاعدة العرفية ، وهى وليدة الإرادة الضمنية للمجتمع ، مخالفة القاعدة التشريعية المكملة . لذا ، فثمة نصوص تشريعية عدة ، تجعل شرطا لتطبيقها عدم وجود عرف مخالف لها . بما فى ذلك مثلا المواد ٤٥٦ ، ٥٦٦،٦١٤ من القانون المدنى [1]. والرأى عندنا دائما أن القاعدة العرفية فى هذه الأمثلة، وغيرها لا يعنى أن القاعدة العرفية ، تلغى القاعدة التشريعية المكملة ، فالقاعدة التشريعية المكملة لا تنطبق لأنها ألغيت ، بل لوجود اتفاق أو عرف يقضى بغيرها ، بحيث تظل القاعدة التشريعية المكملة باقية ، لتحكم اتفاقات أخرى تنعقد فى المستقبل .

ثالث : دور العرف فى القانون المصرى

للعرف ، وظائف عدة فى القانون المصرى ، من حيث أنه يكمل النقص لنصوص التشريعية ، أو يعاون التشريع فى حالات يحيل إليها النص التشريعى صراحة . والمشرع . فى حالات نادرة – قد يسمح بمخالفة العرف للقواعد الآمرة . وتفصيل ذلك كالآتى :

١– العرف يكمل التشريع

رأينا– بأن العرف ، المصدر الرسمى الذى يلى التشريع مباشرة ، بحيث إذا لم يجد القاضى حكما فى النصوص التشريعية ، يتعين عليه الرجوع إلى القواعد العرفية . وبذا ، فالعرف من هذه الزاوية ، يكمل التشريع فى الحالة التى يوجد فيها نقص فى النص التشريعى .

---

(١) لبيب شنب ، مرجع وموضع سابقين .

٢- العرف يعاون التشريع

أحيانا يدعو التشريع العرف لمعاونته فى التعرف على حقيقـــة الإرادة أو للاستهداء به فى التعرف على بعض المعايير . أو لتوضيح مســـألة معينـــة ، ونضرب على ذلك الأمثلة الآتية :

- تنص م٤٢٣/٢/مدنى على أنه " ... إذا لم يكن فى مكان التسليم سـوق وجب الرجوع إلى سعر السوق فى المكان الذى يقضى العرف أن تكـــون أسعاره هي السارية " .
- تنص م٤٣٢/مدنى على أن " .. التسليم يشمل ملحقات الشئ المبيـــع ، وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشئ ، وذلك طبقا لما تقضى بـــه طبيعة الأشياء ، وعرف الجهة ، وقصد المتعاقدين " .
- تنص م٤٤٨/ مدنى على أنه " .. لا يضمن البائع عيبا جرى العـــرف على التسامح فيه " .

٣- العرف المخالف لقاعدة آمرة

المبدأ - على ما ذكرنا - أن القواعد الآمرة ، لا يجوز الاتفاق على مـــا يخالف أحكامها . وإلا كان الاتفاق باطلا بطلانا مطلقا . ومع ذلك فقد عثرنـــا على نص آمر يسمح فيه المشرع للعرف ، بمخالفته ، هو نص المـــادة ٢٣٢ من القانون المدنى ، وفيه " لا يجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائـــد ، ولا يجوز فى أية حال أن يكون مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن أكـــثر مـــن رأس المال ، وذلك كله دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية " .

فقاعدة عدم جواز تقاضى فوائد مركبة آمرة . وقاعدة ، عدم جواز زيادة مجموع الفوائد على رأس المال آمرة ، ومع ذلك سمح المشرع للعرف ، أن يقضى بغيرهما . وبذا ، خالف العرف التجارى ، نصا آمرا .

المطلب الثالث

مبادئ الشريعة الإسلامية

المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية – فى هذا الصدد – الأصول العامة الكلية للشريعة التى اتفق عليها الشراح ولا تختلف من مذهب إلى آخر [1].

وذكرنا آنفا بأن القواعد الدينية عموما تتميز عن القواعد القانونية ، سواء فيما يتعلق بنطاق تطبيقها ، أو فيما يتصل بالجزاء المقترن بمخالفتها .

ومبادئ الشريعة الإسلامية ، فى القانون المصرى ، قد تكون مصدرا رسميا ، يلى التشريع ، والعرف . فالنص بالمادة الأولى صريح أنه إذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتض العرف ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية .

ومعنى ذلك أنه إذا وجد نص تشريعى ، أو عرف ، امتنع الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية .

---

(١) أما الأحكام التفصيلية التى تختلف باختلاف المذاهب المتعددة ، فلا تدخل فى معنى المبادئ ، لبيب شنب ، ص١٢٨ ، بند ٩٤ .

وقد تكون الشريعة الإسلامية مصدرا رسميا فى بعض المسائل التى لم تنظم بتشريع ، وهى قواعد الأحوال الشخصية [1].

كما أنها مصدر تاريخى لبعض أحكام القانون المصرى بما فى ذلك أحكام الميراث ، والوصية ، والشفعة ، والهبة ، وخيار الرؤية فى المبيع ، ومرض الموت ، وأحكام الأهلية .. و..

المطلب الرابع

مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة

أخذا من نص المادة الأولى من القانون المدنى ، فإن مبادئ القانون الطبيعى ، وقواعد العدالة ، مصدر رسمى ، للقاعدة القانونية ، يلجأ إليه القاضى ، فى النهاية ، أى عندما لا يجد نصا تشريعيا ولا قاعدة عرفية ، ولا حكما فى مبادئ الشريعة الإسلامية .

وحقيقة الأمر ، أن المشرع ، فى إحالة القاضى ، فى النهاية إلى مبادئ القانون الطبيعى،وقواعد العدالة،إنما يحيله إلى الحكم فى النزاع، طبقا لتحكيمه العقل ، وتوجيه الضمير. أى أن يجتهد برأيه فى الحكم فى النزاع المطروح .

---

(١) وفى هذه المسائل تنص م٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الملغاة على الأخذ بأرجح الأقوال فى المذهب الحنفى ؛ البدراوى .

ومبادئ القانون الطبيعي ، هي المبادئ التي يكشفها العقل ، وسبيلا لإعطاء كل ذي حق حقه .

أما العدالة ، فهي أن يتبصر القاضي في الآثار ، أو النتائج العملية التي تترتب على الحكم ، أو الحل الذي يأخذ به ، طبقا للتجارب السابقة [1].

والعدالة ومبادئ القانون الطبيعي ، تعطي حلولا عملية في المنازعات باعتبار شريطة أن يأخذ القاضي في اعتباره الظروف ، والملابسات التي تحيط بالدعوى المطروحة . فما يكون عادلا بالنسبة لظروف معينة ، لا يكون كذلك في ظروف أخرى .

وقد طبق القضاء المصري ، مبادئ القانون الطبيعي ، وقواعد العدالة ، وفي حماية لحق الملكية الأدبية ، والفنية ، حتى قبل صدور قانون حق المؤلف ١٩٥٤ ، اعتبارا بأنه مما يتنافى مع العدالة الاعتداء على هذه الحقوق بدون تعويض أصحابها عما أصابهم من ضرر [2].

---

(١) وغيرها كثير .

(٢) البدراوي ، ص٢٢٩ ، ١٦١ . .

المبحث الثانى

المصادر التفسيرية للقانون

ذكرنا بأن المصادر الرسمية للقاعدة القانونية ، هى التشريع ، والعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية ، ومبادئ القانون الطبيعى ، وقواعد العدالة .

وينبغى على القاضى ، تطبيق القاعدة التى يستقيها من المصادر السابقة إلا أن مرحلة تطبيق القواعد القانونية من مصادرها الرسمية تسبقها مرحلة أخرى هى تفسير القواعد القانونية .

والفقه يعنى ما يقوم به شراح القانون من تحليل للقواعد القانونية ، أو تأصيلها ، أو بأنتقادها ، وينشرون ذلك فى مؤلفاتهم المتنوعة ، والفقه شأنه شأن القضاء .

وتفسير الفقه ، غير ملزم ، ومع ذلك له دور لا يمكن إنكاره فى استخلاص المبادئ القانونية التى يستعين بها القضاء فى أحكامه . كما أنه يرشد المشرع إلى عيوب التشريع . أو فى اقتراح نصوص أخرى .

أما القضاء ، فشأنه فى ذلك شأن الفقه ، لا يعتبر مصدرا رسميا للقواعد القانونية . ومع ذلك فقد رأينا بأن المشرع ، وهو يحيل القاضى إن لم يجد نصا يطبقه ، ولا عرفا ، ولا قاعدة من الشريعة الإسلامية ، إلى مبادئ القانون الطبيعى ، وقواعد العدالة . إنما يشير ضمنا إلى اجتهاد القاضى برأيه فى النزاع.الأمر الذى يستتبع القول بأن القاضى يمكنه فى هذه الحالة – خلق

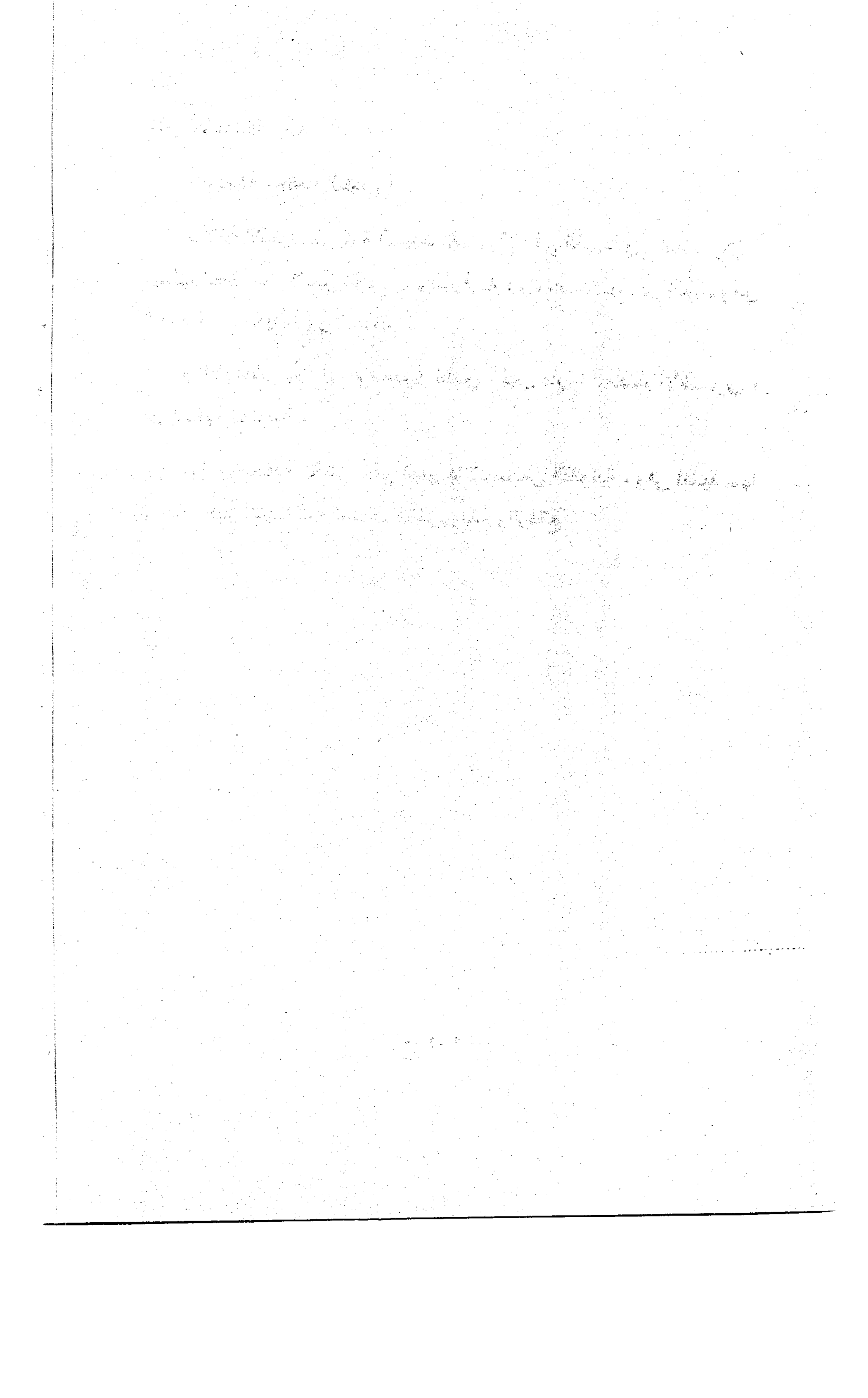
خلق القاعدة القانونية .

- وظيفة محكمة النقض :

محكمة النقض على قمة الجهات القضائية - في القانون المصرى - مهمتها العمل على تفسير القانون ، وتطبيقه ، وتوحيد تفسير النصوص القانونية ، وتوحيدها بين المحاكم .

ونلفت النظر بأن قضاء محكمة النقض ، ليس ملزما للمحاكم الأخرى ، من الناحية القانونية .

كما أن محكمة النقض ، فى تفسيرها للنصوص القانونية ، وفى تطبيقها لا تدخل فيما انتهت إليه المحاكم الأخرى بشأن الوقائع .



الكتاب الثانى

النظرية العامة للحق

خطة الدراسة :

الحق – فيما سنرى ، استئثار أو اختصاص شخص بقيمة معينة ، مالية أو أدبية ، يكفل القانون حمايته .

وبذا ، يظهر الارتباط واضحا بين القانون ، والحق ، فالحق أداة القانون فى تحقيق وظيفته . فكل منهما يكمل الآخر ، ولا وجود للحق إلا بالاستناد إلى قواعد القانون والتمتع بحمايته .

وتنقسم الحقوق ، بصفة عامة إلى حقوق سياسية ، وحقوق غير سياسية ، أو مدنية . وتنقسم الطائفة الأخيرة إلى حقوق عامة ، وحقوق خاصة ، وتنقسم الطائفة الأخيرة إلى حقوق الأسرة ، وتخرج عن نطاق دراستنا ، والحقوق المالية. والأخيرة تنقسم إلى حقوق عينية ، وحقوق شخصية .

ولا يقوم الحق إلا على أركان ثلاثة ، هى الشخص ، وموضوع الحق أو محله ، والحماية القانونية المقررة .

وأخيرا ، فإن مصادر الحق متعددة ، وتتمثل فى التصرف القانونى (أو العقد ، والإرادة المنفردة) والواقعة القانونية (العمل غير المشروع ، والإثراء بلا سبب والقانون) .

وتبعا لذلك فإن عرض " النظرية العامة للحق " يقتضى بداية تحديد أركان الحق ومصادره ، وأخيرا استعمال الحق الاستعمال المشروع الذى يكفل القانون حمايته.

على أننا نقدم لذلك بفصل تمهيدى نتكلم فيه عن الحق بوجه عام .

لذلك نقسم دراستنا إلى ما يأتى :

فصل تمهيدى : فى الحق بوجه عام .

الباب الأول : أركان الحق .

الباب الثانى : مصادر الحق .

الباب الثالث : استعمال الحق .

الفصل التمهيدى

الحق بوجه عام

مقدمة :

إذا كانت كلمة " القانون " شائعة بين الناس . فإن كلمة الحق لـــها نفـــس الشيوع وتستخدم بشكل يومى فى حياة كل إنسان . فنحن نقـــول مثـــلا هـــذا الحق وهذا حقى . وهى تعطى الإحساس بالاستئثار والاختصـــاص وانفـــراد شخص ما بشىء معين .

ولا يمكننا تحديد مفهوم الحق إلا بالنظر إلى الجانب الآخر وهو الالـــتزام فالالتزام L'obligation هو الوجه الآخر للحق Le droit وهـــذا الالـــتزام يختلف باختلاف الحق نفسه .

ففى الحقوق العينية الأصلية مثلا ، أى حق الملكية وما يتفرع منها – نجـــد أن هناك التزام سلبى عام يقع على الكافة بعدم التعرض لصاحب الحـــق . وهـــو التزام سلبى لأن مضمونه هو الامتناع عن الاعتداء على الحق .

وهو التزام عام لأنه لا يقع على شخص معين بالذات وإنما على النـــاس الكافة .

وفى الحقوق الشخصية " حق الدائنية " فإن هذا الالتزام إنما يقـــع علـــى شخص معين بالذات أو على أشخاص محددين بالذات .

والحق الشخصى يخول صاحبه " الدائن " أن يقتضى مـــن شـــخص آخر " المدين " القيام بعمل Obligation de Faire او الامتناع عـــن عـــمل Obligation de ne pas faire أو الـــتزام بإعطــاء Obligation de donner.

ونلفت النظر إلى أن تعريف الحق وأركانه من المسائل الأساســـية فـــى القانون المدنى ، وقد تعرض لبعض مسائله . فقد نصت المواد من٢٥ إلى ٥١ على الشخص الطبيعى ، والمواد ٥٢ ، ٥٣ على الشخص الاعتبارى .

كما تعرض أيضا لتقسيم الأشياء فى المواد مـــن ٨١ إلـــى ٨٨ وتـــرك القانون المدنى مسائل الولاية على المال ، والحقوق الذهنيـــة حـــق المؤلـــف ومسائل الجمعيات ، والمؤسسات الخاصة لكى تنظمها قوانين خاصة . وتجـــدر الإشارة هنا أنه قد صدر القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالولاية علـــى المال ، والقانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ المعدلـــة بقـــانون ٣٨ لســـنة ١٩٩٢ الخاص بالحقوق الذهنية . والقانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ الخاص بالجمعيـــات والمؤسسات الخاصة(١) .

وقد تركت المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية لقانون الأحوال الشخصية لتحكمها النصوص القانونية التى تندمج فيها القاعدة الدينية بالقاعدة القانونية .

وسوف نعرض بداية ، لتعريف الحق ، فى **مبحث أول** ، وبيان أنواعـــه ، فى **مبحث ثان** .

---

(١) وقد عدل هذا القانون،وحكم بعدم دستورية القانون المعدل ، فأعيد العمل به مرة أخرى

الفصل الأول

التعريف بالحق وأنواعه

قدمنا بأن القانون مجموعة القواعد التى تنظم السلوك الاجتماعى ، وتقترن بجزاء مادى يوقع على المخالف عند الاقتضاء . وسيلة القانون لتنظيم السلوك الاجتماعى ، تحديد حقوق الأفراد ، والتزاماتهم . وبذا تبدو العلاقة وثيقة بين القانون ، والحق .

المبحث الأول

تعريف الحق

أثار تعريف الحق جدلا واسعا فى الفقه ولم ينعقد الإجماع بعد على وضع تعريف له . وقد ترتب على صعوبة وضع تعريف الحق . أن نادى البعض بإنكار فكرة وجود الحق وذاته (١).

---

(١) كان على رأس هؤلاء الفقهاء Duguit فى كتابه الشهير Traité de droit constitutionnel–T-1, 1921 .

أنظر تفاصيل عند توفيق حسين فرج ، المدخل للعلوم القانونية ، ط ١٩٧٥ ، ص ٤٤٤ وما بعدها ؛ حمدى عبد الرحمن ، فكرة الحق ، ١٩٧٩ ، ص ٩ وما بعدها .

وانظر أيضا : J. Ghestin فى مؤلفه Traité de droit civile, -T-1 in Troduction, p. 142 .

انظر كذلك محمد شكرى سرور ، النظرية العامة للحق ، ط١ ١٩٧٩ ، ص ١٦ وما بعدها ؛ وانظر منصور مصطفى منصور ، مذكرات فى المدخل للعلوم القانونية ، نظرية الحق ، ١٩٥٩ ، ص ٢٠ ، ٢١ ؛ وانظر جميل الشرقاوى ، دروس فى النظرية العامة للحق ، ط٢ ١٩٥٨ ، ص ٥٦ وما بعدها .

وليس من قصدنا أن نعرض تفصيلا لكل الآراء التى قيلت فى هذا الشـأن لكننا يمكن أن نميز بسهولة الاختلاف القائم بين الفقه الكلاسيكى والفقه الحديث فى تعريف الحق ، وهذا ما نوضحه فيما يلى .

أولا : الفقه الكلاسيكى (١)

اتجه الفقه الكلاسيكى فى تعريف الحق اتجاهات ثلاثة كبيرة وهى الاتجـاه الشخصى ، والاتجاه الموضوعى ، والاتجـاه المختلـط الـذى يجمـع بيـن الشخصى والموضوعى .

المذهب الشخصى :

قال بهذا الفقيهان الألمانيانWindcheid ،Savigny ،يعرف أنصار هـذا المذهب الحق من خلال النظر إلى صاحبه فيرى أن الحق هو قدرة أو سـلطة إراديةPouvoir de Volonté يخولها القانـون لشخص ما فى نطاق محدد".

---

(١) كان على رأس الفقه الكلاسيكى سافينى ، واهرينج وسالى .
انظر فى ذلك :

J.Brethe de la Gressar et M.L.Lacoste " introduction Genrale à l'etude du droit 1947, p. 334 et s.

– وانظر أيضا Tallon

Encycle Dalloz, Rèp, de. Civ. E èm èd V° Personnalité .

– وانظر J. Ghestin فى مؤلفه السابق ذكره ؛ وراجع حمدى عبـد الرحمـن ، المرجع السابق ، ص ٩ وما بعدها .

وانظر عرض الفقه الكلاسيكى عند Dabin

Droit subjectif-et, subjectivisme, juridique Arch. Philosp. Du droit, 1964, p. 17 et s.

والقانون هو الذى يمنح الشخص هذه القدرة أو الإرادة ، أى أنه لا يمكن التسليم بوجود حق إلا إذا أراد الشخص فى حدود القانون . ويضرب هؤلاء مثلا بحق الملكية ، على أنه سلطة إرادية للشخص يستطيع بمقتضاها أن يستعمل الشئ ويستغله ويتصرف فيه . ونحن من جانبنا لا نستطيع أن نفصل بين هذا المذهب والمذهب الفردى ومبدأ سلطان الإرادة – وفيه يكون للإرادة الدور الحاسم ليس فقط فى إنشاء الحقوق وإنما أيضا فى تحديد آثارها أو فى تعديلها ، وانقضائها .

على أن المذهب الشخصى فى تعريف الحق بالنظر إلى شخص صاحب الحق لم يسلم من الانتقادات العنيفة التى وجهها إليه على الخصوص الفقيه Thring وتتمثل هذه الانتقادات فيما يلى :

١-المذهب الشخصى يربط بين الحق والإرادة ، ويرى أن الحق هو قدرة إرادية مع أن الحق قد يثبت للشخص دون أن تكون له إرادة ، وهذا يتضح جليا فى حقوق المجنون ، والصغير غير المميز إذ يعترف له القانون ببعض الحقوق مع أنه عديم الإرادة [١].

أيضا قد يكتسب الشخص حقا دون علمه مثال ذلك الغائب كما سنرى وقد يكتسب حقا دون تدخل إرادته مثال ذلك الوارث .

---

(١) انظر د. توفيق حسن فرج ، المدخل للعلوم القانونية ، ط ١٩٧٥ ص ٤٤٦ ، بند ٢٧٢ ؛ وانظر Dabin ، المرجع السابق ، ص ٥٦ ؛ حسن كيرة ، المدخل إلى القانون ، الطبعة الخامسة ١٩٧٤ ، ص ٤٣ ، بند ٢٢٧.

٢-أن المذهب الشخص القائل بدور الإرادة الجوهرى إنما يتنافى وتسليم القانون بوجود أشخاص معنوية ، أو اعتبارية تثبت له حقوق الأشخاص الطبيعية.

ونخلص من ذلك إذن أن وجود الحق لا يفترض بالضرورة وجود إرادة بل يوجد دون تدخل هذه الإرادة .

٣- كما أن أنصار المذهب الشخصى قد خلطوا بين مسألتين هما وجود الحق ومباشرته . فالحق يوجد ولو بدون تدخل الإرادة ،ولكن مباشرة هذا الحق لا يكون إلا عن طريق الإرادة . ومثال ذلك القول بوجود حق للمجنون ، والصغير غير المميز ، ولكنه لا يستطيع مباشرة أو استعمال هذا الحق دون إرادة . ولكن هذا لا يبرر القول بأن الحق هو سلطة إرادية .

ومجمل ما تقدم إذن أن النظرية الشخصية إنما تخلط بين الحق نفسه وبين ممارسته وعلى حد تعبير الفقه الفرنسى "Confusion entre le droit lui même et son exercice".

٢- المذهب الموضوعى :

قال بهذا المذهب على الخصوص الفقيه Ihring - اهرنج وينظر أنصاره إلى الحق ليس من ناحية أشخاصه كما فى المذهب السابق بل من ناحية موضوعه لذلك عرف الحق على أنه ، مصلحة يحميها القانون " Interet juridiquement Protegé " .

إذن جوهر الحق هو فى المصلحة التى تعود على شخص معين . والواقع أننا يمكن أن نحلل هذا المذهب إلى عنصرين . عنصر المصلحة وهو العنصر الموضوعى وعنصر الحماية القانونية وهو العنصر الشكلى(١).

فكل حق مردود بوسيلة قانونية للدفاع عنه ، وأهم هذه الوسائل القانونية الحق فى رفع الدعوى أمام القضاء . والمصلحة عند هؤلاء ، قد تكون مصلحة مادية أو أدبية .

فالمصلحة التى تعود على الشخص من الملكية العقارية مثلا ، هى مصلحة مادية .

والمصلحة التى تعود على الشخص من حماية حقه فى الحياة ، وحقه فى الحرية، والشرف ... ونحو ذلك مصلحة أدبية أو معنوية .

ولم يسلم المذهب الموضوعى من النقد الذى تمثل فيما يلى :

١- يقوم المذهب الموضوعى على تعريف الحق باعتبار هدفه أى على أساس أن المصلحة هى غاية الحق . ومن الخطأ تعريف الشئ بهدفه

---

(١) انظر فى عرض هذه النظرية Dabin ، المرجع السابق ، ص ١٥ وما بعدها ؛ وانظر فى الفقه المصرى ، حسن كيره ، المرجع السابق ، ص ٤٣٣ ، بند ٢٢٨ . وكذلك أيضا مؤلفه ، أصول القانون ، ص ٥٥٨ . وانظر كذلك أحمد سلامة " محاضرات فى المدخل للعلوم القانونية ، نظرية الحق فى القانون المدنى ١٩٥٩ ، ص ٢٢ وما بعدها . وانظر أيضا أحمد شوقى ، النظرية العامة للحق، ط١٩٨٤، ص ٦ .

وراجع كذلك فىالفقه الفرنسى Saleilles فى مؤلفه " De la personlaité juridique 2 ém éd 1924, p. 524 et s.

والغاية منه . فالمفترض ، أن يتم تعريف الشئ ، لا تعريف الغاية منه ، وهو ما لم ينتبه إليه أنصار المذهب الموضوعي .

٢- المذهب الموضوعي يعتبر الحماية القانونية " الدعوى " عنصرا من عناصر الحق . فى حين أنها تأتى فى مرحلة تالية للحق نفسه [١]. والحماية القانونية لا تأتى إلا تبعا لقيام الحق ، ومن الخطأ اعتبارها ركنا للحق نفسه أو عنصرا فيه، وإذا لم يوجد الحق بداية لا يمكن القول بوجود الحماية القانونية .

وخلاصة ما وجه من نقد إلى المذهب الموضوعى أنه لم يضع تعريف للحق. وأن المصلحة لا تخرج عن كونها هدفا للحق ولا يمكن تعريف الشئ بغاياته ، وأهدافه.

وإذا كان أنصار المذهب الشخصى قد خلطوا بين الحق نفسه ومباشرته فإن أنصار المذهب الموضوعى قد خلطوا بين الحق نفسه وبين غاياته ، وأهدافه.

Confusion entre le doit lui merie et une de ses Buts .

كما أن الحماية القانونية لا تعد ركنا للحق . وإنما هى تالية للحق الذى سبق وجوده [٢] . وبعبارة أخرى هى نتيجة للتسليم بوجود الحق .

---

(١) راجع فى العلاقة بين الحق والدعوى القضائية الدراسة التفصيلية للدكتور حمدى عبد الرحمن ، فكرة الحق ، ص ٣٦ ، بند ٢٣.

(٢) راجع فى نقد النظرية الموضوعية ، حمدى عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص ٢ ، بند ١٥. وانظر كذلك Dabin ، المرجع السابق ، ص ٦٥.

٣- المذهب المختلط :

وقد جمع أنصار هذا المذهب بين الاتجاه الشخصي الذى يرى أن الحـــق هو قدرة إرادية . وبين الاتجاه الموضوعي الذى يعتبر أن الحق هو " مصلحـــة يحميها القانون . وبعبارة أخرى فقد جمع بين عنصرى الإرادة ، والمصلحـــة . لذا سمى بالمذهب المختلط .

لكن أنصار هذا المذهب انقسموا من حيث تغليب أحد العنصريـــن علـــى الآخر، فمنهم من غلب عنصر المصلحة ، وقدمه على الإرادة ، ومنـــهم مـــن فعل العكس بإعلاء دور الإرادة على المصلحة .

- الفريق الأول يرى إذن أن المصلحة هى العنصر الجوهرى فى الحــق، وبالتالى فإن صاحب الحق هو وحده الذى تعود عليه المصلحة مـــن الحــق ، والإرادة تأتى كوسيلة لازمة لتحقيق هذه المصلحة . وينظر هذا الفريـــق إلـــى الحق على أنه مصلحة شخص أو مجموعة من الأشخاص يحميـــها القـــانون ويقوم على تحقيقها والدفاع عنها قدرة إرادية .

- ويرى الفريق الآخر تقديم عنصر الإرادة على عنصـــر المصلحـــة ، والحق فى نظر هذا الفريق هو قدرة إرادية يحميها القـــانون ، ومحلـــها مـــال معين ، أو مصلحة معينة .

وإذا كان المذهب المختلط يجمـــع بيـــن الاتجـــاه الشـــخصي والاتجـــاه الموضوعي فى تعريف الحق فإنه يمكن أن يوجه إليه مجموع الانتقادات التـــى وجهت إلى المذهبين معا . وتبقى المشكلة الجوهرية قائمة كما هى . فكل هذه

المذاهب لم تنجح فى تعريف الحق بالنظر إلى جوهره .

ثانيا : الفقه الحديث (نظرية دابان)

اتجه الفقه الحديث إلى محاولة تعريف الحق بالنظر إلى خصائصه وبيان عناصره الجوهرية ، ولذلك فقد تلافى هذا الفقه العيوب التى شابت الفقه الكلاسيكى .

وقد تزعم هذا الفقه الأستاذ دابان فى مؤلف له عن الحقوق الشخصية .

وسوف نوضح فيما يلى نظرية دابان . ثم نبين وجهة نظرنا فى تعريف الحق .

١-نظرية دابان :

بدأ هذا الفقيه بتحليل الحق عن طريق النظر إلى عناصره ، وخصائصه الجوهرية ، وقد حدد الأستاذ دابان عناصر الحق فى أربعة هى :

أ – الاستئثار Appartnance

ب– التسلط Maitrise

ج– ثبوت الحق فى مواجهة الغير Opposabilité

د– الحماية القانونية Protection Juridique

وعلى ضوء هذه العناصر الأربعة ينظر إلى الحق على أنه " مكنة

يسندها القانون لشخص معين ويضفى عليها حمايته بحيث يكون لصاحب الحق أن يتصرف بمقتضاها فيما يملكه إذا كان " **حقا عينيا** " أو فيما هو مستحق له ، إذا كان "**حقا شخصيا** " [١].

وسوف نلقى الضوء على هذه العناصر فيما يلى :

أ- عنصر الاستئثار [٢] :

كل حق يفترض استئثار شخص بمال معين أو بقيمة معينة استئثارا من شأنه أن يختص به . والحق ما هو إلا علاقة استئثار بين شخص وشئ . والاختصاص بالحق لا يعنى بالضرورة الانتفاع به وإن كان غالبا أن يتضمن الاختصاص الانتفاع . وقد يكون الانتفاع لغير من يثبت له الاستئثار أى أنه لا يكفى أن ينتفع الشخص حتى يكون صاحب حق .

كما أن الاستئثار لا يرتبط حتما بالإرادة فالاستئثار يثبت لأشخاص لا إرادة لهم . فاقدى التميز ، والغائبين مثلا ، كما يثبت للشخص الاعتبارى ، والشخص الطبيعى على السواء .

---

(١) أنظر Dabin المرجع السابق ، ص٦٥ ، وراجع أيضا Planiol فى مؤلفه :
Traité elementaire de doroit civil , 11ém éd , par Ripert n° .2158 ets .
وانظر أيضا ،المرحوم شفيق شحاته ، فى مؤلفه " محاضرات فى النظرية العامة للحق " ١٩٤٩ ، ص١٥ وما بعدها ؛ توفيق فرج ، المرجع السابق ، ص٤٥٥ ، بند ٢٧٦ ؛ حمدى عبدالرحمن ، المرجع السابق ، ص٢٧ وما بعدها .

(٢) ويعبر عنه البعض بالاختصاص والإسناد . مثال حمدى عبدالرحمن ، المرجع السابق ، ص٢٣ وما بعدها . ونحن نفضل التعبير بالاستئثار كترجمة للكلمة الفرنسية التى وردت عند Dabin نفسهAppartenance .مرجع وموضعين سابقين .

ومحل الاستئثار يتنوع إلى حد كبير فقد يرد على الأموال العقارية أو المنقولات ، وقد يرد على الكيان المادى للإنسان أو على كيانه المعنوى ، كما قد يرد على الحقوق الذهنية ، وقد يرد على عمل معين يلتزم به شخص آخر هو المدين فى مواجهة الدائن .

وأخيرا فإن الاستئثار أو الاختصاص قد يمارس مباشرة حيث يظهر فى شكل علاقة مباشرة بين صاحب الحق والقيمة التى ترد عليها . كما هو الحال فى الحقوق الشخصية وهو حينئذ يقتضى تدخلا من المدين " بالوفاء بما عليه من التزام " قبل الدائن . فإذا لم يقم المدين بالوفاء لزم تدخل السلطة العامة لفرض حكم القانون .

٢- عنصر التسلط

التسلط هو المظهر الثانى للحق عند دابان ، والمقصود به القدرة على التصرف disposition . بحرية فى الشئ محل الحق كنتيجة مباشرة للاستئثار. فطالما أن الشئ يخص صاحب الحق فإن له السلطة أو القدرة على التصرف فيه ولا يمكن القول بأن التسلط يمكن أن يثبت لغير صاحب الحق .

ويجدر الإشارة هنا أنه ينبغى التفريق بين عنصر التسلط بالمعنى الذى أوضحناه ، وبين مباشرة الحق . فالتسلط لا يكون إلا لصاحب الحق ، بينما مباشرة الحق قد تكون لغير صاحبه . فإذا أخذنا مثالا على ذلك " الوصاية " فإن الموصى له مباشرة الحق ، ولكن لحساب القاصر ، وباسمه ، وبذا ، يمكن التمييز بين التسلط ، وبين مباشرة الحق أو إرادته ، والأول يتوافر حتى

ولو وجد مانع يحول دون الحق ، كما هو الحال فى انعدام أو نقص الأهليـــة . وجدير بالذكر أن المقصود بالتصرف فى هذا الشأن لا يقتصر على التصـرف المادى باستعمال الشئ، أو عدم استعماله ، بل يشمل كذلك التصرف القـانونى، أى بإمكانية نقل الملكية إلى الغير ، بالبيع ، أو بالهبة مثـــلا . وعمومـــا فـــإن مضمون التسلط، أو نطاقه يختلف باختلاف الشئ موضوع الحق.

٣- ثبوت الحق فى مواجهة الغير

ومفاد هذا العنصر هو احترام الغير للحق ، أى أنه يلـــزم كافـــة النـــاس بالتزام سلبى عام هو الامتناع عن الاعتداء على استئثار وتسلط صاحب الحـــق وهذا الالتزام السلبى العام يوجد فى كل الحقوق العينية والشخصية ، علـــى أن الحقوق الشخصية تتميز فضلا عن وجود هذا الالتزام بوجود الـــتزام محـــدد على عاتق شخص معين وهو المدين – بالقيام بعمل ، أو بالامتناع عن عمـــل، – أو بإعطاء شئ – فالحقوق الشخصية تتميز بوجـــود التزام ســـلبى عـــام ، والتزام محدد على عاتق شخص (المدين) . فيما لا يتوفر فى الحقوق العينيـــة سوى الأول .

٤- الحماية القانونية

والحق لا يكون كاملا لمجرد وجود الاستئثار ، والتسلط ، والالتزام علـــى الكافة بعدم الاعتداء على الحق. إذ يجب أن يتضمن النظام القانونى الاعـتراف بهذا بالحق ، فالحق الكامل إذن هو الذى يحميه المجتمع وأهم وسائل الحماية

القانونية هى الدعوى القضائية .

ويلاحظ أن Dabin لم يخلط بين الحق ، والدعوى ، والدعوى عنده هى وسيلة من أهم الوسائل لحماية الحق . وهى تكون بذاتها حقا جديدا وهو الحق فى الدعوى ، وبالتالى فإن التنازل عن الدعوى لا يعنى التنازل عن الحق ذاته بل أن القانون يعطى لأشخاص لا حق لهم فعلا الا الحق فى الدعوى[1] . ومثال ذلك دعاوى الحيازة ، حيث أن رافعها ليس له حق بالمعنى الدقيق ، فالحيازة هى مجرد واقعة مادية .

لقد أخذ على نظرية الأستاذ Dabin ما يأتى :

- أن العلاقة بين العناصر السابق للحق ليست علاقة انفصال بل هى علاقة اتصال. بل أن العنصر الأول وهو الاستئثار يبدو وكأنه المرادف للحق. بينما العناصر الثلاثة الأخرى إنما هى محددات لهذا العنصر ويلاحظ أن Dabin نفسه لم ينكر هذه الحقيقة عندما يقرر أن الاستئثار هو أساس التسلط ، وأنه يحدده[2].

- كما أخذ على نظرية دابان أن موقع الإرادة عنده غير واضح . فهو يرى

---

(١) راجع فى عرض تفصيلى لعنصر الحماية القانونية ، حمد عبدالرحمن ، المرجع السابق ، ص٢٧

(٢) راجع فى ذلك : توفيق فرج ، المرجع السابق ص ٤٦٨ ، بند ٢٨٣ ؛ جميل الشرقاوى ، المرجع السابق ، ص ٢٥ ، ويلاحظ أن الاستئثار هو الذى يميز بين الحق والحرية ، ثم بين الحق والرخصة ، وأيضا بين الحق والسلطة ، أنظر تفصيل ذلك : محمد شكرى سرور ، المرجع السابق ، ص ٢٤ وما بعدها .

أن التسلط أو حرية التصرف لا يقتضى إطلاقـا ممارسـة أو اسـتعمال الحق . فالطفل غير المميز والمجنون لا يستطيع اسـتعمال أو إدارة حقـه إلا عن طريق أشخاص آخرين . وقدرة التصرف إنما تعـود بعـد زوال سبب المنع . والحقيقة أن التسلط إنما يقتضى وجود إرادة واعية أو مدركة . وكيف يمكن القول بذلك بالنسبة لعديمى الأهلية ؟

وبناء على الانتقادات السابقة ، فقد أجمع الفقه على أن للحق عنصريـن فقط وهما :

١-قدرة الشخص على التصرف بطريقة ما " الاستئثار ".

٢-الحماية القانونية التى تكفل احترام هذه القدرة .

ومن ذلك يمكن القول بوجود اسـتئثار دون وجـود الحـق ، فالسـارق والمغتصب يستأثر بشيء معين . لكن لا يمكن القول بأنه صاحب حق .

والحماية القانونية لاستئثار الشخص هدفها هو تحقيق المصلحة العامة .

وبعبارة أخرى فأن قدرة الشخص على التصرف أو الاسـتئثار لا تكفـى بذاتها للقول بوجود الحق . فلابد من منع الغـير مـن التعـرض لصاحبـه ، وإلزامهم بالامتناع عن كل ما من شأنه الإضـرار به . ويتعين إذن أن يحمـى القانون استئثار صاحب الحق .

وإجمـالا ، فالحق هو قدرة شخص ما على أن يقوم بعمـل معين يحميه

القانون تحقيقا لمصلحة يقرها [1].

المبحث الثانى

أنواع الحقوق

تمهيد وتقسيم :

– تنقسم الحقوق إلى قسمين كبيرين . هما الحقوق السياسية ، والحقوق غير السياسية " المدنية ".

فالأولى ، هى الحقوق التى تقررت للفرد بوصفه مواطنا فى الدولة وتخوله حق المساهمة فى حكمها ، وهى تهدف إلى المحافظة على المصالح السياسية للمجتمع .

والثانية هى والحقوق غير السياسية أو المدنية التى تهدف إلى حماية الأشخاص وحريتهم ونشاطهم وتنقسم الحقوق غير السياسية أو المدنية إلى حقوق مدنية عامة وحقوق مدنية خاصة . وتنقسم الحقوق الخاصة بدورها إلى

---

(١) راجع فى تعريف الحق على أنه " مركز قانونى يخول من ينفرد به – فى حدود القانون – أن يستأثر بمصلحة ما، إما بالحصول عليها مباشرة من التسلط على شىء ، أو باقتضائها ممن يكون فى مركز المكلف بترتيبها . محمد شكرى سرور ، النظرية العامة للحق ، ١٩٧٩ ، ص ١٦ وما بعدها .

وقد عبر عن الحق بانه مركز قانونى ولم يعبر عنه بانه ، القدرة أو الرابطة القانونية، راجع عكس ذلك : توفيق فرج،المرجع السابق،ص٤٧٣؛حسن كيره، مرجع وموضع سابقين .

حقوق الأسرة ، والحقوق المالية . وتنقسم هذه الأخيرة إلى الحقـــوق العينيـــة والحقوق الشخصية . وتنقسم الحقوق العينية بدورها إلى حقوق عينية أصليـــة وحقوق عينية تبعية .

ونفصل ، ما أجملناه تباعا على النحو الآتى بيانه :

الفرع الأول : الحقوق السياسية

هى تلك الحقوق التى تثبت للشخص باعتباره منتميا لبلد معيـــن . وأهـــم هذه الحقوق – حق الانتخاب ، وحق الترشيح ، وحق تولى الوظائف العامـــة ، وهذه الحقوق ليست ميزات للشخص بقدر ما هى وظائف سياسية ، وتكـاليف ، وبالتالى فهى لا تمنح إلا للمواطن ، ولا تعطى لأجنبى إلا على سبيل الاستثناء والواقع أن الحقوق السياسية هى أقرب لفقه القانون العام منها إلـــى القـــانون الخاص لذلك فإن محل دراستها هو القانون الدستورى والقانون الإدارى .

الفرع الثانى: الحقوق غير السياسية الحقوق المدنية:

الحقوق المدنية بعكس الحقوق السياسية لا تهدف إلـــى المحافظـــة علـــى المصالح السياسية للجماعة بل إلى حماية الأشخاص وحرياتهم ونشاطهم. ولـذا تثبت الحقوق المدنية لجميع الأفراد بغض النظر عن جنسيتهم. حيث يتمتع بـها الوطنى والأجنبى على الســـواء وتنقسم الحقوق المدنية بدورها إلى نوعيـــن . الحقوق العامة، والحقوق الخاصة .

أولا – الحقوق العامة :

هى الحقوق التى تثبت للشخص بمجرد وجوده . وهى حقوق دائمة وليست طارئة فى حياة الفرد وقد سميت هذه الحقوق بحقوق الإنسان . Droits de l'homme . وتنقسم إلى حقوق تتصل بالكيان المادى للإنسان ، وحقوق تتصل بالكيان المعنوى للإنسان .

ومن الأولى . حق الفرد فى سلامة جسده وحقه فى الحياة ، ومن الثانية، حق الإنسان على اسمه ، والحق فى الشرف والاعتبار .. وحق الإنسان على إنتاجه الذهنى ويمكن أن نطلق على هذه الحقوق وصف حقوق الشخصية Droits de la presonnalité لأنها تتصل اتصالا لصيقا بالشخص تهدف على ما ذكرنا إلى المحافظة على كيانه المادى والأدبى . والمحافظة على حريته .

والواقع أن الفضل فى ظهور ودعم مثل هذه الحقوق يعود إلى المذهب الفردى . الذى يعتبر أنها حقوق طبيعية تولد مع الإنسان . وقد صدر إعلان دولى لحقوق الإنسان ، هو إعلان الأمم المتحدة لسنة ١٩٤٨ .

والمهم أن هذه الحقوق لا يمكن حصرها ، ولكن يمكن تقسيمها إلى طوائف ثلاثة :

الطائفة الأولى : وهى ترمى إلى الحفاظ على الكيان المادى للإنسان Droit à L'integrite physique . بما فى ذلك حق الإنسان فى الحياة ، وفى سلامة جسمه وأعضائه وبمقتضاها يجب الاعتراف

للإنسان بحقه فى الدفاع عن حياته . وعلى الآخرين عدم المساس بهذا الحق ، بالقتل أو بالجرح أو بالضرب ، وهذه الجرائم معاقب عليها بالتشريعات الجنائية وإلى جانب العقوبة المقررة لهذه الجرائم للمضرور الحق فى رفع الدعوى المدنية بالتعويض عن المساس غير المشروع بكيانه المادى فى حدود ما لحقه من ضرر.

ولكن التساؤل قد يثور بصدد ما إذا كان حق الإنسان فى جسمه حق مطلق droit absolue أو مقيد فى حدود المحافظة على المصالح العامة [1].

والواقع أن حق الإنسان فى كيانه المادى حق مقيد فى حدود المحافظة على الصالح العام وبالتالى إذا لم يكن تصرف الشخص فى جسمه غير متعارض مع النظام العام بل على العكس يحقق الصالح العام كان تصرفا مشروعا . ومن هنا أباح القانون التبرع بالدم لإنقاذ الآخرين .

والواقع أن معيار التفرقة بين ما هو مشروع وما هو غير مشروع يثور بشأنه الجدل (أ) ويمكننا القول بأن القاعدة العامة أن كل تصرف يمس الكيان المادى للإنسان هو تصرف غير مشروع إذا كان متعارضا مع الصالح العام للجماعة (ومن شأنه الإضرار الجسيم بسلامة الجسم).

وتطبيقا لهذا المبدأ لا يجوز للشخص أن يتصرف فى كامل جسده كما لا

---

(١) أنظر ، حمدى عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص ٤٥ وما بعدها .

يجوز الاتفـــاق مع الغير على مثل هذا العمـــل . ولذلك كان قيام الطبيب بقتـل المريض " بدافع الشفقة " غير مؤثر فى قيام جريمة القتل .

وتطبيقا لذلك أيضا فإن التصرف فى جزء حيوى من الجسد – يلزم لبقـاء الإنسان على قيد الحياة أو لاستمرار قيام الجسد بوظائفه الحيويـــة محظــورا حظرا مطلقا .

وتطبيقا لذلك أيضا فإن التصرف فى جزء من جسده . وهو مـــا يســمى بعمليات نقل الأعضاء من شخص إلى آخر جائز إذا كان يعود بالمنفعة علـــى المجتمع وبشرط أن يتم النقل برضاء أطرافه ولا يترتب عليـــه نقــص فـــى المنفعة الصحية للجسم .

واستنادا إلى ذلك نصت م٢ من القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ فى شـــأن التنازل عن العيون على أن بنك العيون، يتلقى رصيده من مصدرين :

- عيون الأشخاص الذين يوصون أو يتبرعون بها .
- عيون الأشخاص التى يتقرر استئصالها .

الطائفة الثانية : الحقوق التى تهدف إلى حماية الكيان الأدبى .

ومن ذلك مثلا . حق الإنسان فى المحافظة على شرفه وسمعته ، وحـــق الشخص فى الاسم والحق فى نتاج الذهن أو العقل . " الحق الأدبى للمؤلـــف " كذلك من الحقوق الأدبية حق الإنسان فى صورته ، والمحافظة على أسراره .

والحق فى حرمة المسكن [١].

وإذا وقع اعتداء على الحق الأدبى للإنسان كان له الحق فى دفـــع هـــذا الاعتداء والحق فى رفع الدعوى بالتعويض عما لحقه مـــن أضـــرار جـــراء الاعتداء [٢].

كذلك فإن القانون الجنائى قد تكفل بحماية الكثير من هذه الحقوق بتقريـــر عقوبة عن الاعتداء عليها . مثال ذلك أن المادة م ٣٠٢ تعاقب على القـــذف . والمادة ٢٨٠ تعاقب على القبض أو الحبس دون وجه حق . والمادة ٣٦٩ – عقوبات تعاقب الاعتداء على حرية العمل .. وغير ذلك .

الطائفة الثالثة : الحقوق المتعلقة بنشاط الإنسان

هذه الطائفة يطلق عليها حق الإنسان فى الحرية وهذه الحرية يمكـــن أن تكون حرية الإنسان فى التنقل ، حرية الإنسان فى التملك ، حرية الإنسان فـــى الاجتماع، حرية اختيار طرقة الحياة من حيث العمل والزواج ... الخ

---

(١) انظر حمدى عبد الرحمن الذى يدخل ضمن هذه الطائفة حق الانتقال ، والاجتمـــاع ، ولكننا نفضل إدخال حرية الإنسان فى التنقل ، والاجتماع ضمن الطائفة الثالثـــة مـــن الحقوق وهى الحقوق المتعلقة بنشاط الإنسان وحريته . انظر م ١٤١ مـــن الدستـــور المصرى ، راجع فى نفس وجهة النظر ، حسن كيره ، المرجع السابق ، ص ٤٥٢ ، بند ٢٣٢.

( ) وقد نصت المادة ٥٠ من القانون المدنى على أن " كل من وقع عليـــه اعتـــداء غـــير مشروع فى حق من الحقوق الملازمة لشخصيته ، أن يطلـــب وقـــف الاعتـــداء مـــع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر " وقد أحسن المشرع عندما اكتفى بالإشارة إلى حماية هذه الحقوق بصفة عامة دون أن يلجأ إلى تحديدها " حســـن كـــيره ، المرجـــع السابق ، ص ٤٥٣ ، وانظر م ٥١ مدنى المتعلقة بالحق فى الإسم .

وقد أصبحت مثل هذه الحقوق أحد المظاهر الجوهرية للحريات المدنية في عصرنا .

خصائص الحقوق العامة [1]:

أهم خصائص الحقوق العامة أنها ليست حقوقاً مالية . فهي لصيقة بالشخصية ولذلك يسميها البعض حقوق الشخصية Droit de la personnalité باعتبارها ملازمة أو لصيقة بالشخص وبالتالي فهي تنقضي بموته ولا تنتقل إلى الغير بالميراث .

كما أنها غير قابلة للحجز عليها نظرا لتلازمها مع الشخصية ، ولا يجوز التصرف فيها لأنها ليست أموالا ولا يصح النزول عنها . وتطبيقا لذلك فقد نصت م ٣٨ من القانون ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ على بطلان تصرف المؤلف في حقه الأدبي ، فهو حق مرتبط بالشخص لا يمكن أن ينفصل عنه . والمنع من التصرف يدوم بدوام الشخصية ، أي طيلة حياة الشخص .كما نصت المادة ٤٩ / مدني على أنه ليس لأحد النزول عن حريته الشخصية

وهذه الحقوق غير قابلة للسقوط أو الاكتساب بالتقادم ومثال ذلك الحق في الاسم لا يسقط بعد استعماله مدة طويلة . ولا يمكن أن يكتسب الغير عليه حقا بمضي المدة . وجدير بالملاحظة أن الحقوق العامة ، وإن كانت غير مالية إلا أن الاعتداء عليها يمكن أن يولد الحق في التعويض المالي إذا ترتب

---

(١) انظر أحمد شوقي ، المرجع السابق ، ص ١٧ ؛ حسن كيره ، المرجع السابق ، ص ٤٥٦ ؛ توفيق فرج ، المرجع السابق ، ص ٤٨٥.

على الاعتداء ضرر . لذا نصت المادة ٥٠/ مدنى على أن لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع فى حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر . وتطبيقا لذلك ، فمن اعتدى على سمعته بالسب ، والقذف الحق فى التعويض عن الضرر الأدبى . ولكل من نازعه الغير فى استعمال اسمه بلا مبرر ، ومن انتحل اسمه دون حق أن يطلب وقف هذا الاعتداء ، مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر

ثانيا : الحقوق الخاصة :

ذكرنا آنفا أن الحقوق الخاصة تنقسم إلى حقوق الأسرة "الحقوق غير المالية" والحقوق المالية .

ونتناول كل منهما على النحو التالى :

١-حقوق الأسرة : droit de la famille

هذه الحقوق كما يتضح من تسميتها تثبت للشخص باعتباره عضوا فى أسرة . والأسرة هى مجموعة من الأفراد يرتبطون برباط القرابة وهذه القرابة يمكن أن تكون قرابة نسب أو قرابة مصاهرة .

وتختلف هذه الحقوق باختلاف مركز الشخص فى الأسرة . فالزوج له حق الطاعة على زوجته وعليه كذلك واجب الإنفاق عليها ، والأب له سلطة تأديب أولاده . وعليه كذلك واجب هذا التأديب .

والواقع أن حقوق الأسرة ليست مقررة لمصلحة الفرد ، بقدر ما هى

مقررة لصالح نظام الأسرة بشكل عام ، وهى الخلية الأولى للمجتمع .

وحقوق الأسرة تتميز بخصائص عدة : أنها لا يمكن تقويمـــها بـــالنقود ، فهى حقوق غير مالية ، تخرج عن دائرة التعامل وبالتالى لا يصح نقلها إلـــى الغير بالتنازل عنها أو بالتصرف فيها، ولا يملك الدائنون توقيع الحجز عليــها، ولا تنتقل بالموت إلى الورثة ، ومع ذلك يتولـــد عن روابط الأســـرة بعـــض الحقوق المالية مثل حق الميراث ، وحق النفقة [1].

وأيا ما كان الأمر ، فإن حقوق الأسرة ، لا تدخل فى نطـــاق دراســـتنا ، وتندرج ضمن دراسات الأحوال الشخصية ، وهى فيما رأينـــا تندمـــج فيـــها القاعدة الدينية بالقاعدة القانونية .

٢- الحقوق المالية

وهى حقوق يمكن تقويمها بالمال ،وبالتالى يمكـــن التنـــازل عنـــها ، أو التصرف فيها والحقوق المالية يمكن تقسيمها إلى أنواع ثلاثة :

- الحقوق العينية .
- الحقوق الشخصية .
- الحقوق الأدبية والمعنوية .

(١) ولكن هذه الحقوق تعتبر حقوقا مالية خالصة فتخرج عن نطاق حقوق الأسرة . راجـــع حسن كيره ، المرجع السابق ، ص ٤٤٦ ؛ وانظر أيضا توفيق فرج ، المرجع السابق ، ص ٤٨٨ ، بند ٢٩٨ ؛ أحمد شوقى عبدالرحمن ، المرجع السابق ، ص ٢٠.

ونوزع دراستنا لهذه الحقوق على محاور ثلاثة هى :

المحور الأول : الحقوق العينية : Droit Reels

الحق العينى يمكن تعريفه على أنه استئثار شخص بشكل مباشر على شىء معين أو على قيمة مالية معينة يمكنه من القيام بأعمال معينة بالنسبة لهذا الشئ وذلك تحقيقا لمصلحة يقررها القانون.

وصاحب الحق العينى يباشر حقه دون وساطة أحد فالصلة بين الشئ والشخص فى الحق العينى هى صلة مباشرة . ومثال ذلك فإن مالك العقار يستطيع أن يستعمله أو يؤجره أو يتصرف فيه بإهلاكه أو باستهلاكه أو بنقل ملكيته إلى الغير دون توقف على تدخل شخص آخر يمكنه من ذلك . لذا يوصف الحق العينى بأنه حق مطلق ، فهو لا يقوم بين شخصين معينين بل يحتج به فى مواجهة الكافة .

والحقوق العينية يمكن تقسيمها إلى نوعين :

١-الحقوق العينية الأصلية

٢-الحقوق العينية التبعية

والأولى هى التى تخول صاحبها سلطة استعمال الشئ ، واستغلاله ، والتصرف فيه ، وسميت بالحقوق العينية الأصلية ، نظرا لأنها تقوم مستقلة لا تستند إلى أى حق آخر . أما الحقوق العينية التبعية لا تتبع الحقوق العينية الأصلية وإنما سميت كذلك لأنها تتبع حقا من الحقوق الشخصية " حقوق

الدائنية" وتهدف إلى ضمان الوفاء بهذا الحق وتسمى كذلك بالتأمينات العينية.

وسوف نعرض بداية للحقوق العينية الأصلية – ثم الحقوق العينية التبعية

أولا : الحقوق العينية الأصلية :

الحقوق العينية الأصلية ، كما ذكرنا ، هى حقوق تخول لصاحبها سلطة مباشرة على الشئ تمكنه من استعماله ، واستغلاله ، والتصرف فيه وقد يكون لصاحب الحق كل هذه السلطات أو بعضها بحسب اختلاف مضمون هذا الحق

وأهم الحقوق العينية الأصلية هو حق الملكية الذى يعطى لصاحبه أوسع السلطات وهى الاستعمال ، والاستغلال ، والتصرف . وحق الملكية هو الحق الرئيسى فى طائفة الحقوق العينية الأصلية . ويتفرع عن الملكية حقوق أخرى هى حق الانتفاع،وحق الاستعمال،وحق السكنى،وحق الحكر،وحق الارتفاق .

حق الملكية :

يعتبر حق الملكية أوسع الحقوق العينية انتشارا وأهمها من حيث السلطات التى يعطيها لصاحبه وبحسب نص م٨٠٢ مدنى " لمالك الشئ وحده، فى حدود القانون حق استعماله ، واستغلاله ، والتصرف فيه ".

أ- الاستعمال :

هو القيام بأعمال مادية للحصول على منافع الشئ حسبما تسمح به طبيعته فاستعمال المنزل يكون بسكناه ، والكتاب بقراءته والسيارة بركوبها .. وهكذا .

والمالك له مطلق الحرية أن يستعمل الشئ أو لا يستعمله ولا يترتب على عدم استعمال الشئ سقوط حق المالك عليه .

فالاستعمال إذن هو الإفادة المباشرة من الشئ محل الملكية ، والحصـــول على ما ينتج عنه فيما عدا الثمار دون المساس بجوهره . فالذى يمـــيز حــق الاستعمال إذن هو :

- عدم الحصول على الثمار .

- عدم المساس بجوهر الشئ محل الملكية .

ب- الاستغلال :

هو الإفادة غير المباشرة من الشئ وذلك عن طريـــق الحصـــول علـــى ثماره. والثمار ما يتولد عن الشئ دوريا مـــن فوائـــد أو منـــافع دوريـــة دون المساس بجوهره.

هذه الثمار تتولد بفعل الطبيعة وتسمى ثمارا طبيعية مثل نتاج الحيـــوان ، وقد تتولد بفعل الإنسان وتسمى ثمارا صناعية أو مستحدثة .

ومن ناحية أخرى يمكن تقسيم هذه الثمار إلى ثمار مدنية وثمار طبيعيـة ، والأولى هى عبارة عن ريع الشئ وما يغله من دخـــل نقـدى نتيجـــة تدخـــل الإنسان أى فى مقابل الانتفاع به . ومثال ذلك الأجرة التى يحصل عليها مـــالك العقار نظير تأجيره . والفوائد التى تنشأ عن الأسهم والسندات . أمـــا الثمـــار الطبيعية ، فهى ما يغله الشئ بدون تدخل الإنسان ، بما فى ذلك نتاج الماشية

مثلا . والاستغلال كالاستعمال لا يمس جوهر الشئ .

ج- التصرف :

التصرف فى الشئ يعنى استخدامه استخداما يستنفذه بصورة كلية أو جزئية وهو إما أن يكون تصرفا ماديا يقضى على الشئ عن طريق استهلاكه أو إهلاكه ، أو تغيير شكله وتحويله تحويلا نهائيا لا رجعة فيه .

وإما أن يكون تصرفا قانونيا . ويكون ذلك بنقل سلطات المالك كلها أو بعضها إلى الغير سواء كان ذلك بمقابل أو بدون مقابل كالبيع ، والرهن ، والهبة، والتصرف هو العنصر الذى يميز حق الملكية عن غيره من الحقوق العينية الأصلية .

ويبقى أن نوضح بأن الملكية تتميز عن غيرها بأنها حق جامع ، مانع ، فهى حق جامع لأن لصاحبها جميع السلطات على الشئ ، ومانع ، لأنه لا يجوز لأى شخص مشاركة المالك فى سلطاته التى يباشرها على الشئ " محل الملكية " وهى حق دائم ، لا يسقط بعدم بالتقادم المكسب . وأخيرا فالملكية ليست حقا مطلقا كما يتبادر إلى الذهن . فالمالك شأنه شأن أصحاب الحق عموما لا يجوز له أن يتعسف فى استعمال حق الملكية (م٥/ مدنى) .

٢- الحقوق المتفرعة عن الملكية :

وهذه الحقوق هى حق الانتفاع ، حق الاستعمال والسكن ، حق الحكر ، حق الارتفاق .

أ- حق الانتفاع :

يمكن تعريف حق الانتفاع بأنه حق عينى متفرع عن حق الملكية يخـــول للمنتفع استعمال الشئ ، واستغلاله فقط دون التصرف فيه . ويبقى التصـــرف فى هذه الحالة للمالك ويسمى مالك الرقبة . وبعبارة أخرى فإن حق الانتفـــاع يعنى أن للمنتفع الاستعمال والاستغلال ، ولمـــالك الرقبـــة التصـــرف وحـــق الانتفاع قد نظمه القانون المدنى المصرى فى المواد ٩٨٥ إلى ٩٩٥.

وحق الانتفاع هو حق مؤقت إذ ينتهى بانتهاء المدة المحددة فـــى العقـــد الذى يرتبه ، أو بهلاك الشئ المنتفع به ، أو بعدم استعماله لمـــدة ١٥ ســـنة ، وينتهى فى كل الحالات بموت المنتفع (م٩٩٣/١ مدنـــى) . وأخـــيرا ، فحـــق الانتفاع قد يرد على العقارات أو المنقولات .

ب- حق الاستعمال ، وحق السكنى :

هو حق عينى يخول لصاحبه استعمال الشئ الذى يقع عليه بالقدر الـــلازم لما يحتاج إليه صاحب الحق هو وأسرته . فإذا كان لشخص حـــق اســـتعمال حديقة . فليس له أن يبيع ثمارها للغير . ذلك أن حق الاستعمال لا يعطيـــه إلا الحق الذى يحتاجه هو وأسرته. وحق الاستعمال أضيق نطاقا من حق الانتفـــاع لأنه لا يعطى لصاحبه حق الاستغلال .

ولا يجـــوز النزول عن حق الاستعمال إلا بناء على شرط صريـــح أو مبرر طبقا لنص المادة ٩٩٧ مدنى . ذلك أن الغرض منه سد حاجة المســـتفيد وأسرته .

كما أن حق الاستعمال ينقضى بموت صاحب الحق .

أما حق السكنى ، فهو أضيق نطاقا من حق الاستعمال . إذ لا يعطى لصاحبه إلا وجها واحدا من أوجه الاستعمال هو السكنى . فحق سكنى المنزل مثلا لا يعطى لصاحبه الحق فى استعماله كمكتب أعمال أو حق تأجيره للغير.

وحق السكنى مثل حق الاستعمال لا يجوز النزول عنه إلا بناء على مبرر قوى وبناء على شرط صريح وهو ينقضى بموت صاحب الحق م ٩٩٧ مدنى .

ج- حق الحكر :

معناه تسليم أرض فى حاجة إلى إصلاح إلى شخص يقوم بإصلاحها وتعميرها سواء بالبناء عليها أو الغراس ويكون لمن تسلم الأرض ويسمى " المحتكر " حق عينى عليها يخوله الانتفاع بها فى مقابل دفع أجرة المثل .

والمحتكر يمتلك ما يحدثه على الأرض من بناء وغراس وبالتالى يكون له كافة السلطات التى يخولها حق الملكية من استعمال واستغلال وتصرف .

ونلفت النظر إلى أن الحكر طبقا لأحكام القانون المدنى المصرى لا يتحقق إلا إذا توافرت ثلاثة شروطه هى أنه يجوز إلا على الأرض الموقوفة وقد صدر مرسوم بقانون ١٩٥٢/١٨٠ ، بإلغاء الوقف الأهلى وترتب على ذلك أن نطاق الحكر أصبح ضيقا.

والشرط الثانى . أن يكون الحكر لضرورة أو مصلحة تقتضيه .

والشرط الثالث . أن تأذن به المحكمة الابتدائية التى يقـع فـى دائرتـها الأرض المطلوب تحكيرها أو أكثرها قيمة .

وأخيرا يجب أن يصدر به عقد رسمى يشهر وفقا لأحكام الشهر العقـارى وفى كل الحالات لا يجوز التحكير لمدة تزيد عن ٦٠ عاما . المواد مـن ٩٩٩ إلى ١٠١٤ من القانون المدنى .

حق الارتفاق :

هو حق يحد أو يقيد من منفعة عقار يسمى العقار الخادم لفائدة عقار آخـر يسمى العقار المخدوم يملكه شخص آخر (م١٠١٥ مدنى) وبذا ، يتعين لقيـام حق الارتفاق أن يوجد تكليف يحد من منفعة عقار " المرتفق به أو العقـــار – الخادم – لفائدة عقار آخر " المرتفق ". أو المخدوم ويشترط أيضـا أن يكـون العقاران مملوكين لشخصين مختلفين .

هو أمثلة حقوق الارتفاق ، المرور ، حق المطل .

كما يشترط لقيام حق الارتفاق أن يتقرر على عقار وهذا ما يفـرق بيـن حق الارتفاق وحق الانتفاع . ذلك أن الأخير يمكن أن يرد على العقار أو يـرد على المنقول .

وحق الارتفاق هو حق مؤبد يرتبط ببقاء عقار معين . فهو يستمر رغـم تغيير مالكه . بل ينتقل إلى الورثة ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك . وما لـم يسقط بعدم الاستعمال لمدة تزيد عن ١٥ سنة .

ثانيا : **الحقوق العينية التبعية :**

هى تلك الحقــوق التى توجــد تأمينا أو ضمانا Garantie للوفــاء بحق شخصى أو بحق الدائنية . فهى حقوق تقوم تبعا وضمانا لحق الدائنيــة وهــى تخول للدائن سلطة تتبع الشئ الضامن الذى ترد عليه ولو خرج من تحت يــد المدين كما تخوله سلطة التنفيذ عليه واقتضاء حقه من قيمته النقدية بالأولويــة والأفضلية على غيره من الدائنين العاديين وهم الدائنون غير المسلحين بمثــل هذه التأمينات العينية أو الدائنون أصحاب التأمينات العينية اللاحقون عليهم فــى المرتبة أى الذين قيدوا تأميناتهم في وقت لاحق . ولذلك تقوم الحقوق العينيــة التبعية بوظيفة حماية الدائنين من مخاطر الضمان العام وما يترتب عليه مــن اقتسام أموال المدين فيما بين دائنيه قسمة غرماء .

ويمكن تقسيم الحقوق العينية التبعية بحسب مصدرها إلى حق الرهــن ، وحق الاختصاص ، وحق الامتياز ، وسنعرض بإيجاز لصور الحقوق العينيــة التبعيــة .

١- حق الرهن :

وحق الرهن بدوره ينقسم إلى رهن حيازى ، ورهن رسمى .

أ- الرهن الرسمى : هو حق عينى يتقرر بعقد به يكتسب الدائــن علــى عقار حقا عينيا يكون له بموجبه أن يتقدم على الدائنيــن العــاديين والدائنيــن التالين له فى المرتبة فى استيفاء حقه من ذلك العقار فى أى يد يكون .

وحق الرهن الرسمي . مصدره عقد رسمي يقـوم بتحريـره الموظـف المختص بمكتب التوثيق ويرد على العقار دون المنقول ، وتبقى فيه الحيـازة للمدين الراهن ويخول الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه سلطة التقدم على الدائنين العاديين أو الدائنين المرتهنين اللاحقين عليه كما يخول لصاحبه سلطة التتبع drroit de suite على العقار فى أى يد يكون طالما أن قيد الرهن قـد تم قبل انتقال هذا العقار إلى الغير .

وحق الرهن الرسمي قد تعرض له القانون المدنى فى المواد ١٠٣٠ ومـا بعدها . ويسمى بالفرنسية Le droit d'hypothèque .

ب- الرهن الحيازى :

على عكس الرهن الرسمي فإن الرهن الحيازى ينشـأ بمقتضـى عقـد رضائى ولا يشترط أن يتم فى ورقة رسمية ، ويرد حق الرهن الحيازى علـى العقار والمنقول على حد سواء ويخول للدائن سلطة تتبع الشئ المرهون فـى أى يد يكون وسلطة التقدم على غيره من الدائنين فى اقتضاء دينه الحق فـى حبس الشئ المرهون عن الناس كافة إلى أن يستحقه .

والفرق بين الرهن الحيازى والرهن الرسمي يتمثل فيما يلى :

أ- أن الأول مصدر عقد رضائى بينما يشترط القانون الرسـمية فـى الرهن الرسمي .

ب- والرهـن الحيازى يقع على العقـار وعلى المنقـول بينما الرهـن

الرسمى لا يقع إلا على عقار .

ج- والرهن الحيازى تنتقل فيه الحيازة (أى حيازة الشئ المرهون) من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن (أو من ينوب عنه) وذلك على عكس الرهن الرسمى .

وجدير بالملاحظة أنه إذا كان الرهن الحيازى مثل الرهن الرسمى يعطى لصاحبه سلطة التتبع droit de suite والتقدم Le droit de preference. فإن الرهن الحيازى لا يكون نافذا فى مواجهة الغير إلا إذا توافر كل من الشرطين الآتيين :

١-أن تنتقل الحيازة من المدين إلى الدائن .

٢-إذا ورد الرهن الحيازى على عقار يجب قيده فى الشهر العقارى وإذا ورد على منقول وجب إثباته فى ورقة ثابتة التاريخ .

٢- حق الاختصاص :

إذا كان مصدر حق الرهن " بنوعيه " هو العقد . فإن حق الاختصاص ينشأ بمقتضى أمر قضائى . وهو لا يتقرر إلا للدائن حسن النية الذى بيده حكم واجب التنفيذ ضد المدين . ويتقرر على عقار أو أكثر من عقارات المدين ، وذلك ضمانا لأصل الدين ، والفوائد والمصروفات (م١٠٨٥/١ مدنى) وحيازة العقار تبقى رغم صدور الأمر القضائى بالاختصاص فى يد المدين ولا تنتقل إلى الدائن . وفى كل الحالات يجب على الدائن المستفيد أن

يقوم بقيد الأمر القضائى فى الشهر العقارى حتى يمكن الاحتجـــاج بـــه فـــى مواجهة الغير .

وحق الاختصاص مثل حق الرهن يخول للدائن حق التتبع . وحق التقــدم أو الأولوية فى اقتضاء الدين من المقابل النقدى للشئ .

٣- حق الامتياز :

إن حق الامتياز يتقرر بنص فى القانون لصفة خاصة فى الدين . وهـــذه الديون تسمى الديون الممتازة " بما فى ذلك مثلا ، دين النفقة ، ديون الخزانـــة العامة والمصروفات القضائية ، والمبالغ التى أنفقت فى حفظ وترميم المنقـــول .. الخ ".

فيقرر القانون لمثل هذه الديون أولوية تضمن لأصحابها ميزة التقدم علـــى غيرهم من الدائنين حال تزاحمهم .فتقى الدائن بدين ممتاز الدخول فى قســـمة الغرماء .

ومصدر حقوق الامتياز إذن هو نص القانون (م١١٣٠ مدنى) وحقـــوق الامتياز تنقسم إلى حقوق الامتياز العامـــة ، وحقـــوق الامتيـــاز الخاصـــة . والامتيازات الخاصة على العقار وحقوق الامتياز العامة هى التى تـــرد علـــى جميع أموال المدين من عقار ومنقول ومن ذلك مثلا نفقة الأقـــارب (م١١٤١ مدنى) .

أما حقوق الامتياز الخـــاصة فهى التى تتقرر على مال معين من أموال

المدين ، عقار أو منقول ، ومن ذلك مثلا ، الامتياز المقرر للمؤجر بمقتضى عقد الإيجار على ما يكون موجودا بالعين المؤجرة ومملوكا للمستأجر (م١١٤٣ مدنى) .أما حقوق الامتياز الخاصة على عقار فمثالها امتياز المقاولين ، والمهندسين المعماريين .

المحور الثانى : الحقوق الشخصية – حقوق الدائنية Le droits de Créance

يعبر عن الحق الشخصى أو حق الدائنية بأن رابطة بين شخصين أو أكثر بمقتضاها يلتزم أحدهما وهو المدين debiteur قبل الآخر وهو الدائن Creancier بأداء معين . أى القيام بعمل أو الامتناع عن عمل [١].

الحق الشخصى إذن هو سلطة تثبت لشخص معين فى اقتضاء أداء معين من شخص آخر فالمحل فى الحق الشخصى أو حق الدائنية هو عمل معين من جانب المدين . وسواء كان هذا العمل إيجابيا ، أو سلبيا. ومثال العمل الإيجابى ، التزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة إلى المستأجر ، التزام المقاول

---

(١) وحسب التعبير الذى أورده M.J.Ghestin المرجع السابق ، ص١٤٢ .

Le droit subjectif en dernièranalyse n'est qu'un rapport juridique entre deux personnes en sertu duquel l'une d'elles " Le titulaire de droit "peut exiger de l'autre le respect de ses obligstion reconnues par la loi "

وانظر فى ذلك M.Nouaros مقال له بعنوان :

L'evolution recente de la notion de droit subjectif -Rev.Trim . dr . vic.1966, p.218.

ببناء منزل ، التزام الطبيب بإجراء عملية جراحية معينة .

ومثال العمـــل السلبى ، التزام بائع المحل التجـــــارى بعـــدم منافســـة المشترى والتزام رب العمل بعدم تجاوز حد معين فـــى الارتفـــاع بالبنـــاء ، والتزام العامل فى عقد العمل بعدم منافسة صاحب العمل .

أولا : التفرقة بين الحقوق العينية والحقوق الشخصية :

تستند التفرقة بين نوعى الحقوق فى جوهرها علـــى أن الحـــق العينـــى يخول لصاحبه سلطة قانونية مباشرة على شئ من الأشـــياء الماديـــة . ولـــه عنصران فقط هما : شخص صاحب الحق والشئ المادى .

بينما يخول الحق الشخصى أو حق الدائنيـــة لصاحبـــه ســـلطة مطالبـــة شخص آخر بعمل أو الامتناع عن عمل بناء على ما بينهما من رابطة قانونيـــة بحيث يتوافر فى هذا الحق عناصر ثلاثة هى : صـــاحب الحـــق " الدائـــن " وطرف سلبى "المدين " ومحل الحق وهو العمل ، أو الامتناع الذى يلتزم بـــه المدين . ويسمى بالحق الشخصى ، إذا نظرنا إليه من جانب الدائن ، والالتزام إذا نظرنا إليه من جانب المدين .

١- محاولة تقريب الحق العينى من الحق الشخصى :

على الرغم من وضوح التفرقة بين الحقوق الشخصية والحقوق العينيـــة باعتبار أن جوهر الحق الشخصى تلك الرابطة بين الدائن والمدين ، وجوهـــر الحق العينى السلطة المباشرة للشـــخص علـــى الشـــئ . إلا أن العديـــد مـــن

المحاولات قد بذلت للتقريب بينهما . ويمكننا أن نلاحظ فـــى هــذا المجــال نظريتين هما النظرية الشخصية والنظرية المادية .

أ- النظرية الشخصية :(تقريب الحق العينى من الحق الشخصى) .

يتزعم هذه النظرية فى التقريب بين الحق العينى والحق الشخصى الفقيــه الفرنسى بلانيول Planiol . الذى حاول تقريب نوعى الحق عن طريق إبـواز فكرة الرابطة بين الأشخاص فى الحق العينى كما هـــو الشـــأن فـــى الحـــق الشخصى . وذلك عن طريق القول بأنه " إذا كان الحق الشخصى رابطة بيــن دائن ومدين وهو يتحلل إلى عناصر ثلاثة : الدائن وهو " صاحب الحـــق " ، والمدين وهو من يلتزم فى مواجهة الدائن ، ومحـــل الحـــق وهـــو العمـــل أو الامتناع عن عمل " . أيضا فإن الحق العينى يمكن أن يشمل ثلاثـــة عنـــاصر هى : صاحب الحق ومحل الحق " الشئ " والمدين . والمدين فى الحق العينـــى هم : الكافة أى جميع الناس فيما عدا صاحب الحق .وهؤلاء يلتزمون التزامـــا سلبيا عاما باحترام هذا الحق . والامتناع عن التعرض لصاحبه .

ويضرب هؤلاء مثلا بحق الملكية الذى يتحلل إلى عناصر ثلاثة هـــى : محل الحق " الشئ المملوك " والدائن ، وهو صاحب الحق ، والمدين ، وهـــم الناس كافة الذين يقع عليهم التزام سلبى عام بعدم الاعتداء على الحق .

وينتهى " Planiol " إلى القول بأن كل حق عينى أو شـــخصى يعتـــبر رابطة قانونية تقوم بين الأشخاص .

من هنا لا يمكن القول بوجود فرق بين الحق العينى، والحق الشخصى.

فالحقوق جميعا روابط بين الأشخاص . وهذه الرابطة تقوم فى الحق العينى كالحق الشخصى على أن المدين فى الحق العينى لا يمكن تحديده إلا عندما يعتدى شخص آخر عليه .

على أن فكرة تقريب الحق العينى من الحق الشخصى قد تعرضت للنقد الشديد وقد عرض لهذه الانتقادات M.M. Mazeaud H.Capitan

وقد أخذ على هذه النظرية ما يلى :

أولا : أن القول بأن الحق العينى هو رابطة بين أشخاص قول فيه تحليل وتكلف قانونى واضح . وذلك أنه فى الحق الشخصى نجد دائن ، ومدين والتزام المدين قبل الدائن إنما هو التزام محدد .

بينما المدين – فى الحق العينى – غير محدد ، ولا يمكن قبول القول بأن المدين يمكن أن يتحدد فيها بعد عند الاعتداء على الحق ، فذلك يعنى ببساطة أن الحق لا يوجد إلا بعد الاعتداء عليه . وبالتالى يترتب على هذه الفكرة إنكار وجود الحق فى الفترة السابقة لوقوع الاعتداء عليه. وهو تناقض، أو تعارض لا يمكن التسليم به .

ثانيا : كما أن القول بأن الكافة ، أى جميع الناس فيما عدا صاحب الحق العينى يلتزمون التزاما سلبيا عاما إزاء صاحب الحق بعدم الاعتداء عليه فإن هذا الإلزام غير قائم فقط فى الحق العينى بل هو كذلك فى الحق الشخصى. بل وبالنسبة لسائر الحقوق العامة. بينما يظل الحق الشخصى متميزا بوجود الالتزام الخاص الذى يقع على عاتق شخص معين هو المدين .

ب- النظرية المادية : (تقريب الحق الشخصى من الحق العينى) .

حـاول أنصـار هذه النظريـة عدم التفرقة بين الحق الشخصى والحـق العينى على أساس تقريب الحق الشخصى من الحق العينى وذلك بالقول بـأن كل الحقوق سواء كانت عينية أو شخصية تعتبر عنصرا فـى الذمـة الماليـة وذلك بالتركيز على محل الحق لا أطراف الحق .

الحق الشخصى عند هؤلاء لا ينظر إليه على أنه رابطة بين شـخصين بل على اعتباره عنصرا ماليا ، مجردا عن الدائن والمدين ، وهذا مـا يقربـه من الحق العينى فيرتب على ذلك نتيجة منطقية مؤداها أنه إذا كـان العنصـر المالى فى الحق الشخصى هو الذى يبرز على هذا النحو فـإن مـن الممكـن التعامل فيه عن طريق البيع أو الرهن أو الهبة كما هو الشأن تمامـا بالنسـبة للحق العينى .

ومع أن المذهب المادى قد لاقى نجاحا فى القوانين الحديثـة ، وخاصـة فى القانون الألمانى . إلا أن هذه النظرية وقد وجه إليها انتقادا رئيسيا هو أنـه لا يمكن تجاهل صاحب الحق فى الحقوق الشخصية ، ذلك أنه فى العديد مـن الحالات تلعب شخصية المدين " الاعتبار الشخصى " دورا محددا فى نشـوء الالتزام نفسه.ومثال ذلك التزام الطبيب،التزام المحامى، التزام الممثل .. إلخ .

والخلاصة أن المذهب الشخصى ، والمذهب المادى لم يستطيعا تقريـب الحق العينى من الحق الشخصى ، وتظل هذه التفرقـة قائمـة فـى القـانون المصرى ، ويترتب عليها النتائج التالية :

ثانيا : المقارنة بين الحق العينى والحق الشخصى :

١-الحقوق العينية واردة فى القانون على سبيل الحصـــر Enumeration وبالتالى لا يجوز للأفراد أن ينشئوا بإرادتهم حقوقا عينيـــة أصليـــة أو تبعية ، بخلاف ما نص عليه القانون . وذلك بعكس الحقوق الشـــخصية التى لا يمكن حصرها ويستطيع الأفـــراد إنشـــاء الحقـــوق الشـــخصية بإرادتهم الخاصة فى حدود النظام العام ، والآداب العامة [1].

٢-الحق العينى يتركز فى شئ معين بالذات ، إذ أنه يخول صاحبه ســـلطة على شئ . ولكى توجد هذه السلطة لابد أن يتحدد الشئ الذى تقع عليه وأن يكون هذا الشئ موجودا .

أما المحل فى الحق الشخصى فهو عمل المدين ، لذا مـــن الممكـــن أن ينشأ الحق الشخصى على شئ غير معين بالذات بل يكفى فيه أن يكون معينـــا بنوعه ، ومقداره .

٣-الحق العينى .. على عكس الحق الشخصى يخول صاحب ميزة ، التتبع والأفضلية وتبدو أهمية ميزة التتبع فى حالة انتقال الشئ إلـــى حيـــازة الغير دون رضاء صاحب الحق . بمقتضى هذه الميزة يستطيع المـــالك أن يسترد الشئ ممن سرقه أو اغتصبه .

ويستطيع صاحب حـــق الانتفاع بمقتضى ميزة التتبع أن يباشر حقه فى

---

(١) راجع فى ذلك : جميل الشرقاوى ، المرجع السابق ، ص٢٠٢ ، بند ٨٠ .

حالة تصرف المالك فى الرقبة إلى شخص آخر [1].

وميزة التتبع أو حق التتبع d roit de suite كما يكون فـــى الحقــوق العينية الأصلية يكون أيضا فى الحقوق العينية التبعية وبمقتضاه يستطيع الدائن أن ينفذ على الشئ الوارد عليه حقه فى أى يد يكون .وترتيبا على ذلـــك ، إذا باع المدين الراهن العين المرهونة ، كان للدائن المرتهن أن ينفذ عليها ، بمـــا له من حق التتبع تحت يد مشتريها . وعلى العكس مــــن ذلـك فـإن الحـق الشخصى " حق الدائنية " لا يعطى لصاحبه هذه الميزة .

والحق العينى يكفل لصاحبه فضلا عن التتبع ميزة الأفضلية أو الأولويــة Le droit de preference ومقتضاه يستطيع الدائن استيفاء دينه قبل غـــيره من الدائنين العاديين والدائنين أصحاب التأمينات العينية التالين له فى المرتبـة " الشهر " .

ويرى بعض الفقهاء أن ميزة الأفضلية أو الأولوية تتوافر على حد ســواء فى الحقوق العينية التبعية ، والحقوق العينية الأصلية [2]، وهكـــذا فـــى حــق الملكية إذا بيع عقار لأكثر من شخص تكون الأفضلية أو الأولوية لمن ســـبق إلى تسجيل سند شرائه،ويتحقق هذا أيضا عن تزاحم أصحاب الحقوق الأصليــة المتفرعة عن حق الملكية ، بما فى ذلك حق الانتفاع ، وحق الارتفاق .

---

(١) ويرى بعض الفقه أن هاتين الميزتين ليستا من خصائص الحقوق العينية بصفة عامــة لأنهما لا تنطبقان فى الحقوق العينية الأصلية ولا تظهران إلا فـــى الحقــوق العينيــة التبعية . جميل الشرقاوى ، المرجع السابق ، ص٢٠١ ، بند ٨٠ .

(٢) انظر فى ذلك:توفيق فرج،مرجع وموضع سابقين،وعكس ذلك ،البـــدراوى ، ص٢٨٧ .

وعلى العكس من ذلك فإن الحقوق الشخصية لا تخول لدائـــن مـــيزة أو سلطة الأفضلية على الدائنين الآخرين .

وهكذا يكون كل الدائنين فى مرتبة واحدة عند إعسار المدين ويقتســمون أموال المدين فيما بينهم قسمة غرماء بغض النظر عن أسبقية الحق لبعضـــهم على البعض الآخر .

٤- الحق العينى يتركز فى شئ معين بالذات ، إذ أنه يخول لصاحبه سلطة على شئ ولكى نوجد هذه السلطة لابد وأن يتحدد الشئ الذى تقع عليـــه وأن يوجد هذا الشئ وقت الاتفاق أى عند نشوء الحق العينـــى . ولذلــك فإن الحق العينى لا يرد على شئ مستقبل .

أما المحل فى الحق الشخصى فهو عمل المديـــن .. لـــذا لا يشـــترط أن يترتب الحق الشخصى على شئ معين بالذات.بل يكفى أن يكون معينا بنوعـــه، ومقداره ويمكن أن يكون هذا الشئ مستقبلا بمـــا فـــى ذلـــك مثـــلا .. بيـــع المحصولات الزراعية قبل نضجها وبيع منزل قبل إتمام بنائه [١].

٥-الحق العينى حق مطلق Absolue يحتج به وينتج أثره فـــى مواجهـــة الكافة، ولذا فإنه لا ينشأ عنه إلا واجب عام سلبى ، بالامتناع عن التعـــرض لصاحبـــه ، أما الحق الشخصى فهو حق نسبى Relatif لا يحتج بـــه إلا فى مواجهة شخص معين بالذات ، هو المدين [٢].

(١) انظر ، أحمد شوقى ، المرجع السابق ، ص ٢٥.

(٢) راجع عكس ذلك ، . جميل الشرقاوى ، المرجع السابق ، ص ٢٠٢ ، بند ٨٠ .

٦-أن قواعد الحيازة ، وما يترتب عليها من آثار خاصة فيما يتعلق بالتقادم المكسب مسائل خاصة بالحقوق العينية ذلك أن الحيازة هى وضع اليد ، ولا يتصور ذلك إلا على شئ مادى أى على حق عيني . أمـــا الحـــق الشخصى فهو رابطة ، والرابطة شئ معنوى تستعصى على وضع اليـد (م ١/٩٧٦ مدنى) وهكذا تنص المادة ١/٩٧٦ مدنى مثـــلا علـــى أن الحيازة فى المنقول سند الملكية .

كذا ، فإن الحيازة لمدة معينة فى العقار تؤدى إلى اكتساب الحق العينـــى العقارى بالتقادم المكسب .

أما بالنسبة للحقوق الشخصية فليس للحيازة دور فيـــها إلا فـــى بعـــض الحالات الاستثنائية عندما يندمج الحق الشخصى مع السند المثبت له.فيصبـــح بمثابة منقول يصلح للحيازة.مثال ذلك السند لحامله[١].

٧-الحق العينى يمكن لصاحبه النزول عنه بمحض إرادته ، ذلك أن سـلطة الشخص على شئ معين ، ويجوز لصاحبه بإرادته المنفـــردة الـــنزول عنه . أما النزول عن الحق الشخصى فلا يجوز فى القـــانون المدنـــى المصرى ، إلا بعد إعلام المدين بذلك(م ٣٧١مدنى) . أو بالاتفاق بيـــن الدائن والمدين فى القانون المدنى الفرنسى .

٨-الحقوق العينية فى الأصل مؤبدة أو دائمة ، ومثال ذلك حـــق الملكيـــة ويختلف بذلك حق الملكية فى ذلك عن الحقوق المتفرعة عنه مثل حـــق

(١) انظر ، أحمد شوقى ، المرجع السابق ، ص ٢٧.

الانتفاع وحق الارتفاق .فيمكن الاتفاق على تأقيتها ، ويختلف أيضا عن الحقوق العينية التبعية مثل حق الرهن والامتياز فهى حقوق مؤقتة لأنها تقوم تابعة لحق شخصى ، بحيث تزول بمجرد الوفاء بالحق الذى تتبعه ، أو بسقوط هذا الحق .

أما بالنسبة للحق الشخصى فهو لا يكون إلا مؤقتا . ذلك أن الحق الشخصى هو رابطة يلزم فيها أحد الأطراف بالقيام بعمل ، الامتناع عن العمل أو الالتزام بإعطاء شئ ، لذا ، فإن الحقوق الشخصية مؤقتة باعتبار أن مصيرها هو الوفاء . والرابطة الشخصية لا يمكن تأبيدها وإلا أصبحت قيود على الحرية الشخصية للمدين .

المحور الثالث : الحقوق الذهنية (حق المؤلف) (١)

إلى جانب الحقوق العينية ، والحقوق الشخصية التى عرضنا لهما فيما سبق، توجد طائفة من الحقوق هى الحقوق الذهنية أو المعنوية ، والحقوق الذهنية يمكن تعريفها بالنظر إلى عنصريها الأدبى والمالى :

العنصر الأدبى : وهو حق الشخص فى أن ينسب إليه ما أنتجه من الناحية الذهنية باعتباره حق الشخص المعنوى .

والعنصر المالى – وهو حقه فى استغلال ما أنتجه أو ما يرد عليه حقه استغلالا ماليا .

---

(١) راجع فى الحقوق الذهنية :

- Recht,le droit d'auteur une nouvelle forme de propriietè L.G.D.J. 1969.
- J. Ggestin, Traite de droit civil introduction generals 2 ém éd, 1983, p. 167 et s.
- Crionnet, Les droits intellectuels et les regimes matrimoniaux, L.G.D.J. 1975.
- Gouriou (Reng.) La ;hotographic, et le droit d'auteur Tgese, Paris, 1957.

وفى الفقه المصرى، انظر عبد المنعم الصدة ، حق المؤلف فى القانون المصرى ، محاضرات القانون المدنى ، معهد الدراسات العربية والأفريقية ، القاهرة ١٩٦٧ ، عبد الرشيد مامون شديد ، الحق الأدبى للمؤلف ، النظرية العامة وتطبيقاتها ، ط ١٩٧٨ ؛ محمد شكرى سرور ، المرجع السابق ، ص ٧٢ .

حسين كيره ، المرجع السابق ، ص ٤٨٠ وما بعدها ؛ راجع أيضا حسن كيره ، المرجع السابق ، ص ٦٣١ وما بعدها ؛ توفيق فرج ، المرجع السابق ، ص ٥٣٥ ؛ وراجع عبد المنعم البدراوى ، شرح القانون المدنى فى الحقوق العينية الأصلية ١٩٥٦، ص ٢٢٤.

والحقوق الذهنية يمكن تعريفها إجمالا على أنها سلطة للشخص على شئ معنوى مثل حق المؤلف على أفكاره ، حق الفنان على لوحاته ، وحق الملحن على أنغامه .. الخ ، ويدخل فيها حق المخترع على مخترعاته فيما يسمى بالملكية الصناعية . والعناصر المعنوية فى المحل التجارى ، وتسمى بالملكية التجارية [1].

الحق الذهنى إذن هو سلطة للشخص على شئ معنوى . ومن هنا فهو يتشابه مع الحقوق العينية . كل ما هنالك أن الحقوق العينية ترد على شئ مالى أو ذو قيمة مالية.أما الحقوق الذهنية فهى ترد على شئ ذهنى . ويعتبرها بعض الفقهاء كحق الملكية . ويقال حق الملكية الأدبية والفنية [2].

وقد كفل القانون فى معظم دول العالم للحقوق الذهنية حماية قانونية خاصة ، بل إنه على المستوى الدولى فقد عقدت عدة اتفاقات دولية . أهمها اتفاقية برن فى ٩ سبتمبر ١٨٨٦ وهى الخاصة بحماية حقوق المؤلفين. وقد عدلت اتفاقية "برن " عدة مرات كان آخرها تعديل بروكسل ١٩٤٨.

كما أبرمت فى باريس ١٩٨٣ اتفاقية خاصة بحماية الملكية الصناعية من علامات تجارية ، وبراءات اختراع ، ورسوم ، ونماذج صناعية ، وقد انضمت

---

(١) ونحيل فى دراستها إلى مؤلفات القانون التجارى ، ونقصر دراستنا على حق المؤلف .

(٢) ويطلق عليها بعض الفقهاء اسم الحقوق المختلطةdroits mixtes لما تتضمنه من جانب أدبى ، وجانب مالى ، راجع فى ذلك ، محمد شكرى سرور ، المرجع السابق ، ص ٧٢ .

مصر إلى اتفاقية باريس الخاصة بحماية الملكية الصناعية بقانون رقم ١٦٥/١٩٥٠.

وفى مصر ، صدر أول قانون لتنظيم الحقوق الذهنية وحمايتها فى عام ١٩٣٩ رقم ٥٧ وذلك لحماية الحقوق المتعلقة بالعلامات التجارية والبيانات التجارية ، ثم صدر بعد ذلك القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ وهو القانون الخاص ببيع المحال التجارية ورهنها ، ثم صدر القانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٤٦ وهو الخاص ببراءات الاختراع ، والرسوم ، والنماذج الصناعية ، ثم صدر أخيرا القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ بشأن حماية حق المؤلف [1] وعدل بقانون رقم ١٩٩٢/٣٨ الذى وسع فى نطاق الحماية لتشمل مصنفات الحاسب الآلى من برامج وقواعد بيانات وما يماثلها ، كما شدد العقوبة على الاعتداء على حق المؤلف .

وسوف نقتصر فى دراستنا على شرح حق المؤلف كما ورد فى هذا القانون وتعديله ، فنعرض للمسائل الآتية :.

١- أصحاب الحق فى الحماية القانونية .

٢- مضمون حق المؤلف .

٣- حماية المؤلف .

---

(١) وقد نص القانون المدنى فى م٨٦ على أن الحقوق التى ترد على شئ غير مادى تنظمها قوانين خاصة ، ولم يتدخل المشرع بتنظيم تلك الحقوق عن طريق أية قوانين خاصة إلى أن صدر القانون رقم ٣٥٤ فى ١٩٥٤ متضمنا أحدث المبادئ الدولية فى شأن " حق المؤلف" وعدل بقانون ١٩٩٢/٣٨.

١- أصحاب الحق فى الحماية القانونية فى الحقوق الذهنية :

يبدو جليا من نص م١ من القانون ٣٥٤ عام ١٩٥٤ أن المعيار فى الحماية القانونية هو الابتكار ، ولذلك فهى تنص على أن " يتمتع بحماية هـذا القـانون مؤلفوا المصنفات المبتكرة فى الآداب ، والفنون ، والعلـوم ، أيـا كـان نـوع المصنفات أو طريقة التعبير عنها ، وأهميتها ، أو الغرض من تطبيقها " وهـذا النص جاء مفصلا ويظهر بوضوح أن من يتمتع بالحماية القانونية فى الحقـوق الذهنية هم " مؤلفوا المصنفات المبتكرة " .

ونحن نوضح بداية من هو المؤلف ؟ ثم معنى الابتكار ، علـى التفصيـل الآتى بيانه :

١- المؤلف : L'auteur

يتعين النظر إلى المؤلف بمعناه الواسع ، وهو كل من ينتج إنتاجا ذهنيـا أيـا كان نوعه أو طريقة التعبير عنه ، أو أهميته ، أو الغرض منـه (م١ من القانون ١٩٥٤/٣٥٤) .

وقد وضع القانون قرينة ، مؤداها أن من ينشر المصنف منسوبا إليه يعتـبر هو المؤلف ، وبالتالى ، صاحب الحق الأدبى ، والمالى على مؤلفه . علـى أن هذه القرينة هى قرينة غير قاطعة وقابلة لإثبات العكس .

وقد ينسب المؤلف المصنف إليه بشكل واضح عن طريق كتابة اسمه عليـه أو بذكر اسم مستعار ، أو بوضع علامة معينة ، أو إشارة ما تدل على صاحبها ،

على أن هذه القرينة كما بينا هى قرينة غير قاطعة . وعلى كل من يدعـــى أنـــه صاحب الحق على المصنف أن يقيم الدليل على أنه هو المؤلف الحقيقـــى رغـــم نشره منسوبا إلى شخص آخر .

والمصنف المذكور فى (م١) من القـــانون الســابق المصـــرى يشـــمل المصنفات المكتوبة والشفوية (المحاضرات ، الخطب ، المواعظ) كما يشـــمل المصنفات المسرحية ، والموسيقية والمصنفات المجسمة (التماثيل) والحركيـــة (الرقص ، والباليه) وهذه الأمثلة على المصنفات المشمولة بالحماية لم ترد فـــى القانون على سبيل الحصر ، وإنما على سبيل المثال ، وقد أضاف القانون رقـــم ١٩٩٢/٣٨ إلى المصنفات المشمولة بالحماية ، مراجع الحاسب الآلى ، وقواعـــد البيانات ، وما يماثلها مما يصدر به قرار وزير الثقافة .

والمهم أن حماية القانون تظلل كل مصنف توافر له عنصر الابتكار وأيـــا كانت طريقة التعبير عنها " كتابة ، صوت ، رسم ، تصوير ، حركة ... إلخ " .

ولا تثور صعوبة فى تحديد مدلول " المصنف " إذا كان المؤلف نفسه هـــو المبتكر . إنما تثور الصعوبة فى تحديد مدلول الصنف فيما يتعلـــق بـــالمصنف المشترك ، والمصنف الجماعى .

أ- المصنف المشترك :

المؤلف المشترك هو الذى يتعاون على إخراجه وابتكاره أكثر من شـــخص واحـــد ، أى يشترك فى ابتكاره شخصين أو أكثر ولذلك فإن الحـــق الذهنى فيه

فيه يسند إلى كل المشتركين [1].

والاشتراك فى الابتكار ، أما أن يكون مختلطا mixtes بحيث لا يمكن تمييز نصيب كل فرد فيه ، وفصله عن الآخرين . وأما أن يكون نصيب كل فرد فيه مميزا ، ومحددا بحيث يكون فصله .

وفى الحالة الأولى ، حيث لا يمكن تمييز نصيب كل المشتركين . يعد جميع المشتركين فيه أصحاب الحق الذهنى على المصنف المشترك ويعتبر الاشتراك فى الحق الذهنى هنا بالتساوى ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك.

أما إذا كان تمييز نصيب كل مشترك من المؤلفين ممكنا ، وجب الاعتراف لكل منهم بالحق الذهنى على نصيبه الخاص إلا إذا وجد اتفاق على غير ذلك وبعبارة أخرى لا يعطى المؤلف حقا ذهنيا على مجموع المصنف المشترك بل يستأثر فقط بنصيبه، ما لم ينص على غير ذلك .

ب- المصنف الجماعى :

المصنف الجماعى يقوم به جماعة تحت إشراف شخص اعتبارى يتكفل هو بنشره تحت إدارته وباسمه ، ويختلط أو يندمج فيه عمل المشتركين بحيث لا يمكن فصل نصيب أى من المؤلفين .

والشخص الاعتبارى قد يكون الدولة ، وقد يكون هيئة من الهيئات تشرح

---

(١) راجع فى ذلك : حمدى عبدالرحمن ، المرجع السابق ، ص١٢٢ ؛ أحمد سلامه ، المرجع السابق ، ص٣٠٥ ؛ وانظر أيضا : فريال ابراهيم فريال ، حماية حق المؤلف ، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، العدد ١ .

فيه سياسة معينة ، وفيها يندمج عمل المشتركين فى الهدف العام الذى قصد إليه الشخص الاعتبارى بحيث لا يمكن فصل عمل كل منهم .

وقد اعتبرت م ٢/٢٧ من القانون المصرى أن الشخص الاعتبارى الذى أشرف وأدار المصنف الجماعى يعتبر مؤلفا صاحب حق على المصنف .

ب- معيار الحماية القانونية للمصنف " الابتكار " :

الابتكار بداية هو الذى ينشئ للشخص الحق فى الحماية القانونية ولولاه لما قامت الحماية القانونية للحق الذهنى. والابتكار لا يعنى فقط تلك الأفكار ، والنظريات التى ابتدعت لأول مرة فقط ، إن مجهود ذهنى يقوم به شخص ما يتجلى فيه بشخصيته ، يمكن أن يسمى ابتكارا وتطبيقا لذلك لا يمكن القول بأن عمليات التجميع لما هو قائم من أبيات الشعر مثلا ابتكار ، ذلك أنها عملية مادية وليس ذهنية ، وبالتالى لا تستحق الحماية القانونية المقررة للمؤلف كذا فإن عملية التجمع المادى للنصوص القانونية أو المراسيم ، أو اللوائح لا يعد ابتكارا .

على أن الأمر يختلف لو أن عملية التجميع المادى قد صاحبها عمليات فنية، من تبويب ،أو تقسيم ، أو تنقيح ، أو اختيار ... إلخ . ففى نكون بصدد ابتكار ذلك ابتكارا يضفى عليه القانون حماية خاصة .

وتأكيدا لذلك وتفصيلا له ، نصت المادة ٤ من القانون المصرى ٣٥٤-١٩٥٤ " على أن " المجموعات التى تنظم مصنفات عدة ، لمختارات الشعر ، والنثر ، والموسيقى وغيرها من المجموعات ، ومجموعات المصنفات التى آلت إلى الملك العام ، ومجموعات الوثائق الرسمية، كنصوص القوانين ، والمراسيم ،

واللوائح ، والاتفاقيات الدولية ، وسائر الأحكام القضائية ، لا يكون للقائمين بـــها حقوق المؤلف ، وبالتالى لا تكون جديرة بالحماية القانونيـــة المقـــررة للحقـــوق الذهنية ".

وعلى العكس من ذلك ، فإن الترجمة تعد حقـــا ذهنيـــا جديـــرا بالحمايـــة القانونية، ذلك أن الترجمة تبرز فيها شخصية المترجم وتستلزم قدرات ومواهـــب خاصة إذا كانت متميزة بسبب يرجع إلى الابتكار ، أو الـــترتيب أو أى مجـــهود شخصى آخر يستحق الحماية " .

وتطبيقا لذلك فإن الترجمة من لغة إلى أخرى يتوافر فيها شـــرط الابتكـــار بالحماية القانونية . ذلك ان مجرد الترجمة تعبير عن قدرات ، وإبداعات وكفـــاءة المترجم وهى تعبير عن حق فكرى ، ولغة سليمة ، ودقة متناهية ، وذوق رفيع .

وتقوم المشكلات العملية عندما يظهر مصنف سابق مع التعليـــق عليـــه أو الشرح له أو تعديله ، أو اختصاره ، وقد تعرضت م ١/٣ من القانون المذكـــور لهذا الفرض بقولها " يتمتع بالحماية من قـــام .. بتلخيصـــه ، أو بتحويـــره ، أو بتعديله أو شرحه ، أو التعليق عليه بأى صورة تظهر فى شكل جديد ، وذلك مـــع عدم الإخلال بحقوق " مؤلف المصنف الأصلى " .

وهذا الحق الذى أعطى بصريح نص م ١/٣ من القانون يعنى أن القيام بأى عملية من العمليات الواردة فى النص غير جائز إلا بالحصول على إذن صـــاحب المصنف الأصلى ، أو ورثته ، وهى حالات لم ترد فى القـــانون علـــى ســـبيل الحصـــر وإنما وردت على سبيل المثال ، لذلك فإن الحماية القانونية تتقرر لكل

مصنف فيه شئ من الجهد ، والإبداع الشخصى [1].

والابتكار يتحقق بشكل خاص إذا بذل القائم بالعمل من جهده ما يفصح عن شخصيته وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بقولها " ... لا يكون لصاحب الطبعة الجديدة حق المؤلف عليها إلا إذا تميزت هذه الطبعة عن الطبعة المنقولة عنها بسبب يرجع إلى الابتكار أو الترتيب فى التنسيق أو بأى مجهود ذهنى آخر يتسم بالطابع الشخصى فإن صاحب الطبعة الجديدة يكون له عليها حق المؤلف . ويتمتع بالحماية المقررة لهذا الحق . ومضت محكمة النقض تقول لا يلزم لإضفاء الحماية القانونية أن يكون المصنف من تأليف صاحبه ، وإنما يكفى أن يكون عمل واضعه حديثا فى نوعه ، ومتميزا بطابع شخصى صاحبه ، بها يضفى عليه وصف الابتكار [2].

وبمفهوم المخالفة . فإن الطبعة الجديدة من المصنف إذا لم تشتمل على جهد مميز ،أوكانت مجرد عملية ترتيب أو تجميع ، فإنها لا تكون ابتكارا جديرا بالحماية التى أضفاها القانون للحقوق الذهنية بشكل عام .

ومع ذلك فإن عمليات التجميع لما هو قائم من المؤلفات إذا كان القائم بها أضاف لها من علمه ، وقدراته ، وإبداعه ، فإن عمله يكيف على أنه "حق ذهنى" جدير بالحماية . وهذا ما نصت عليه م ٤ من القانون ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ لقولها فى فقرتها الأخيرة " ومع ذلك تتمتع المجموعات سالفة الذكر بالحماية ".

---

(١) راجع: حمدى عبد الرحن ، المرجع السابق ، ص ١٠٥ ، بند ٧١ .

(٢) نقض مدنى ٧ يوليو ١٩٦٦ ، مجموعة أحكام النقض المدنى ، س ١٥ ، ص ٩٢٠ .

٢- مضمون الحقوق الذهنية :

ينظر البعض إلى الحقوق الذهنية على أنه حق ملكية . بل أن القانون المدنى القديم يحتسبها من حقوق الملكية [1] ولكن هذا التكييف يرد عليه عدة تحفظات أهمها :

- أن حق الملكية بمعناه التقليدى إنما يرد على الأشياء المادية وحدها أما محل الحق الذهنى أو المعنوى فهو شئ معنوى .
- حق الملكية هو حق مؤبد بينما حق المؤلف حق مؤقت بمدة معلومة ينص عليها القانون .
- يضاف إلى ذلك أن حق المؤلف له جانب " غير مالى " لا يمكن إنكاره وهو يتصل اتصالا وثيقا بصاحبه ، يتميز به عن حق الملكية.

لذا اتجه الفقه فى الرأى الراجح إلى أن الحقوق الذهنية ، حقوق ذات طبيعة خاصة Sui – generis تتضمن جانبين هما ، الحق الأدبى " المعنوى " ، الحق المالى .

---

(١) انظر فى الطبيعة القانونية لحق المؤلف ، نظرية الملكية :

M.M.Mazeaud, Le Conn de droit cinil, 4 ém éd p. 674 et s.

وانظر اندماج الحق المعنوى فى الحق المالى ، تعليق على حكم T.de Seinne, 1ér, avril, 1935.

وانظر ازدواج الحق المالى ، والحق الأدبى Debois راجع التفاصيل : حمدى عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص ١٣٠ وما بعدها .

١- الحق المعنوى " الأدبى " :

الحق المعنوى هو مكنات أو مميزات تثبت للشخص على نتاجه الفكرى أو الذهنى .

والحق المعنوى يضع صاحبه عدة سلطات هى :

- للمؤلف وحده سلطة نشر المصنف .
- للمؤلف وحده سلطة تعيين نسب المصنف .
- للمؤلف وحده سلطة تعديل أو سحب المصنف .

١- للمؤلف وحده سلطة نشر المصنف :

يجعل القانون للمؤلف وحده الحق فى تقرير نشر مصنفه كما له الحق فى تحديد طريقة هذا النشر أو إعادة النشر .

فالمؤلف له الحق فى النشر عندما يرى أن مصنفه صالح للنشر . كما أن للمؤلف الحق فى عدم نشر المصنف وذلك لاعتبارات أدبية وفنية ، أو حتى زمنية تمنعه من نشره .

ولا يمكن إجبار المؤلف على نشر مصنفه ، أو إعادة نشره فذلك يعد حقا لصيقا بالشخصية . وهو من الحقوق المطلقة للمؤلف .

-وقد وضع القانون بعض القيود على حق المؤلف فى تقرير نشر المصنف، والغرض من هذه القيود هو تسهيل سبل الثقافة ، والتزود من ثمار العقل البشرى

ومن هذه القيود لا يجوز للمؤلف بعد نشر مصنفه أن يمنع إيقاعه أو تمثيلــــه أو إلقائـــه في اجتماع عائلى أو جمعية أو منتدى أو مدرســـة ، ما دام لا يحصل فى ذلك رسم أو مقابل مالى .

- ولا يجوز للمؤلف أن يمنع استخراج نسخة واحدة من مصنف ثم نشـــره إذا كان ذلك بغرض الاستعمال الشخصى .
- ولا يجوز للمؤلف حظر التحليلات والتعليقات بعد نشر مصنفه ، كما أن للصحف نشر موجز ، أو مختصر للصنف حتى بدون إذن صاحبه .
- كما يجوز نشر أجزاء من المصنف سبق نشرها مع الإشارة بوضـــوح إلى مصدره [1].

٢- سلطة تعيين نسب المصنف :

تنص م ١/٩ من القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ على أن للمؤلـــف وحـــده الحق فى أن ينسب إليه مؤلفه ، وفى أن يدفع أى اعتداء على هذا الحق ".

ويتضح من هذا النص أن للمؤلف الحق فى أن ينسب مؤلفه إليه باســـمه أو باسم مستعار أو حتى بدون اسم على الإطلاق . ورغم نشر المصنف بدون اســم أو باسم مستعار يظل للمؤلف وحده الحق فى الكشف عن أبوته لهذا المصنـــف ، وانتسابه إليـــه فى أى وقت يشاء . فهو حـــق متصل لا يسقط بالنزول عنه ، أو

---

(١) راجع ، أحمد شوقى عبدالرحمن ، المرجع السابق ، ص ٤٧ ؛ انظر أيضا ، توفيق فرج ، المرجع السابق ، ص ٥٦٠ وما بعدها ؛ حسن كيره ، المرجع السابق ، ص ٤٩٠ ؛ وراجع أيضا عبد المنعم البدراوى ، المدخل للقانون الخاص ، ص ٣٦٨ وما بعدها .

بعدم استعماله مهما طالت المدة .

٣- سلطة لتعديل والسحب :

يعطى القانون فى م ١/٧ للمؤلف الحق فى إدخال ما يشاء من تعديل أو تحوير على مصنفه ، وذلك لضرورات علمية أو حضارية قد يراها .

كما أن للمؤلف السلطة فى سحب مصنفه من التداول ووقف نشره،أوعرضه وقد أوضحت المذكرة الإيضاحية مبررات هذا النص بالقول أن للمؤلف فضلا عن ذلك حق سحب المصنف من التداول ، أو تعديله تعديلا جوهريا ، وذلك إذا طرأت أسباب أدبية خطيرة تدعو إلى ذلك .

ولم يغفل المشرع ، العقد المبرم بين المؤلف والناشر فنص على حق المؤلف فى سحب المصنف من التداول مع تعويض الناشر تعويضا عادلا .

ومع ذلك يتضح أن حق المؤلف فى سحب وتعديل مصنفه مقيد بقيدين هما :

القيد الأول : أن تطرأ أسباب خطيرة تدعو إلى السحب أو تعديل المصنف وقد تكون هذه الأسباب رغبة المؤلف فى الحفاظ على سمعته الأدبية أو الفنية ، أو الاستجابة لما يفرضه عليه التقدم العلمى ، أو الفنى ومثال ذلك ، أنه لا يستطيع مفكر فى الوقت الحالى ، التنظير للفكر الشيوعى بعد ثورة أوروبا الشرقية . وانهيار النظرية فى الاتحاد السوفيتى .

القيد الثانى : أن حق السحب أو إجراء تعديلات جوهرية على المصنف مقيد بالتعويض العادل لمن آلت إليه حقوق الاستغلال المالى .

٢-الحق المالى :

وهو الجانب المالى فى الحقوق الذهنية ، والحق المالى يعطى لصاحبه ميزات متعددة تمكنه من الاستئثار بثمرة مجهوده الذهنى من الناحية المالية والحق المالى يعطى لصاحبه ما يمكن تسميته احتكار الاستغلال .

أى أن الاستئثار بما يعود عليه من ربح مالى من مصنفه بأية طريقة من طرق الاستغلال ولا يجوز لغير المؤلف مباشرة هذا الحق دون إذن سابق من صاحبه أو ممن يخلفه وبشرط أن يكون هذا الإذن كتابة بإذن المؤلف وحده والاستئثار بهذا الحق والإفادة من كل المزايا المادية والأدبية التى يعطيها له المصنف ، ومن هذه الحقوق :

الحق فى نشر مصنفه ونسخه :

ويتم ذلك عن طريق نشر المصنف ونسخه ويتم ذلك عادة عن طريق عقد النشر ، إذن نشر المصنف هو وسيلة استغلال المصنف .

هذا وقد تكون طريقة النشر مباشرة أو غير مباشرة .

- كما أن للمؤلف الحق فى التصريح للغير بتقبل مصنفه إلى لغة أجنبية أخرى والإفادة ماليا من ذلك والترجمة لا تكون لكل المصنفات .

- كما أن للمؤلف وحده الحق فى إظهار مؤلفه فى ثوب جديد .

ولكن يثور التساؤل عن مصير الحق المالى بعد وفاة المؤلف .

نصت م ١/١٨ على أن يكون للورثة وحدهم مباشـــرة حقـــوق الاســـتغلال المالى . والأصل أن تنتقل حقوق الاستغلال المالى إلى الورثة كل بحسب نصيبه فى الميراث وفقا للقواعد القانونية المعمول بها فى الدولة .

وهذه القاعدة العامة المنصوص عليها فى م ١١٨ تثير العديد من المشـــاكل العملية ذلك أن تعاقب الأجيال من الورثة إنما يؤدى إلى مشاكل عديدة فى الإدارة المالية لحقوق المؤلف . وتثور الصعوبات خاصة إذا كان المؤلف مشترك .

وقد نص القانون على حل لهذا الإشكال عن طريق توقيف الحقوق الماليـــة للمؤلف بمدة معينة تصل أقصاها إلى خمسين عاما .

أيضا قد نصت م ٢/١٨ على حق المؤلف فى تعيين أشخاص بـــالذات مـــن الورثة أو من غير الورثة فى مباشرة حقوق الاستغلال المالى للمؤلـــف – ولـــو جاوز فى ذلك العذر الذى يخون منه الوصية .

وقد جاء هذا النص لتلافى المشاكل التى قد تثار من الورثة والتى قد يترتب عليها الإساءة إلى سمعة المؤلف الأدبية أو العلمية أو إلى تعطيل مســـيرة نشـــر المصنف أو غير ذلك من المشاكل العلمية من الورثة .

٣- الحماية القانونية للحقوق الذهنية :

نص القانون المصرى على وسائل ثلاثة لحماية الحقوق الذهنية أو المعنويـة وهى : الجزاء الجنائى ، الجزاء المدنى ، والإجراءات التحفظية وسوف نوضـــح تباعا هذه الوسائل :

أ- الجزاء الجنائى :

نص قانون العقوبات المصرى على أنه يعتبر مرتكبا لجريمة التقليد ويعاقب بغرامة لا تقل عن عشرة جنيهات ولا تزيد على مائة جنيه من ارتكب أحد الأفعال الآتية :

١-القيام بنشر المصنف أو استغلاله أو إحداث تعديلات فيه دون إذن من المؤلف .

٢-بيع مصنف مقلد ، أو إدخال مصنف منشور فى الخارج إلى داخل البلاد ، إذا كان من المصنفات التى تشملها حماية القانون .

٣-التقليد الذى يتم فى مصر لمصنفات منشورة بالخارج ، وبيع هذه المصنفات، أو تصديرها أو القيام بشحنها إلى الخارج .

ويجوز للمحكمة أن تقضى بمصادرة الأدوات .

كما نص القانون على مصادرة الأدوات المخصصة للنشر غير المشروع ومصادرة جميع النسخ المقلدة .

كما نص القانون على نشر الحكم فى جريدة واحدة أو أكثر على نفقة المحكوم عليه وأن العقوبة الأساسية هى الغرامة .

والعقوبات التابعة هى المصادرة ، والنشر ، وهو جوازى وفى حالة العود تشدد العقوبة وتكون العقوبة عى الحبس لمدة لا تزيد على ثلاثة شهور بغرامة لا تزيد على ٣٠٠ جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين وإغلاق المؤسسة جوازى .

ب- الجزاء المدنى :

القاعدة العامـــة أنه فى حالة الاعتداء غير المشروع على حقوق المؤلف فإن الجزاء المدنى يكون وقف الاعتداء وإزالة أثره . وذلك يتم بحسب نص المـــادة ٤٥ من القانون المصرى بإتلاف نسخ أو صور المصنف الذى تضمـــن نشـــره اعتداء على حق المؤلف أو تغيير معالمها وكذلك الشأن فى المواد التى استعملت فى نشر المصنف بشرط ألا تكون صالحة لعمل آخر . وفضلا عن وقف الاعتداء غير المشروع وإزالة آثاره بأنه ينبغى تعويض صاحب الحق عن الضرر الـــذى أصابه نتيجة الاعتداء .

على أن هذه القاعدة العامة الخاصة بوقف وإزالة أثر الاعتـــداء لا يمكـــن تطبقها فى الحالات الآتية :

أ) إذا كان حق المؤلف سينقضى بعد فترة تقل عن سنتين م ١/٤٥.

ب) ترجمة المصنف إلى اللغة العربية خـــلال خمـــس ســـنوات مـــن أول نشر وذلك دون الحصول على إذن المؤلف م ٢/٤٥.

ج) إقامة مبانى باستخدام تصميمات أو رسوم على وجه غير مشروع فـــى هذه الحالات لا يكون أمام المؤلف الذى وقع الاعتداء علـــى حقـــه إلا الحكم بالتعويض .

ج- الإجراءات التى تكفل حماية الحقوق الذهنية (الحماية الإجرائية):

إلى جانب العقوبـــة المنصوص عليها فى القانـــون الجنائى والجزاء المدنى

الذى يتمثل فى وقف الاعتداء على حق المؤلف وإزالة أثـره والتعويـض عـن الأضرار التى تلحق المؤلف بين القانون والإجراءات التى يجوز اتخاذها محافظة على حق المؤلف عندما يتعرض لاعتداء وذلك إلى أن بفصـل فـى الدعـوى المرفوعة .

وطبقا لنصوص القانون المصرى فإن رئيس المحكمة الابتدائية أمرا علـى عريضة بناء على طلب المؤلف أو من يخلفه باتخاذ الإجراءات الآتية :

١-إجراء وصف تفصيلى للمصنف الذى نشر أو أعيد نشره على خـلاف أحكام القانون .

٢-ثم وقف نشر أو عرض أو صناعة المصنف .

٣-توقيع الحجز على المصنف الأصلى أو نسخه أو صوره وكـذا علـى المواد التى تستعمل فى إعادة النشر أو استخراج نسخ منه بشـرط ألا تكون هذه المواد صالحة لإعادة نشر المصنف المقصود .

٤-إثبات الأداء العلنى بالنسبة لإيقاع أو تمثيل أو إلغـاء مصنـف بيـن الجمهور ومنع استمرار العرض القائم أو حظره مستقبلا .

٥-حصر الإيراد الناتج من النشر أو العرض وتوقيع الحجز علـى هـذا الإيراد .

ولرئيس المحكمة فى جميع الأحوال بأن يندب خبير لمعاونة المحضر الـذى يقوم بالتنفيذ وأن يفرض على الطالب إيداع كفالة مناسبة .

وإذا ما اتخذت الإجراءات السابقة كان على من طلبها أن يرفع دعوى بأصل النزاع إلى المحكمة المختصة خلال ١٥ يوما من صدور الأمر .

وإذا لم توقع هذه الدعوى فى الميعاد زال كل أثر للأمر الصادر من رئيس المحكمة .

الباب الأول

أركـــان الحـــق

تمهيد وتقسيم :

انتهينا من دراستنا السابقة إلى أن الحق هو استئثار شخص بشئ أو بقيمـــة معينة تستأهل الحماية القانونية استئثار يحميه القانون .

وبذا نستطيع أن نتبين بأن للحق عناصر ثلاثة هى الشخص ، صاحب الحق (الدائن) ، ومن يلزم بأداء معين فى مواجهته (المدين) وما يقع عليه الحق ســواء كان شيئا بالنسبة للحقوق العينية ، أو العمل والامتناع عن العمل من جانب المدين فى الحقوق الشخصية ، وأخيرا ، أخيرا الحماية القانونية .

وعليه، نوزع دراستنا على فصلين هما : أشخاص الحق ، ثم محل الحــق . ونرجئ دراسة الحماية القانونية للحق للباب الأخير .

الفصل الأول : أشخاص الحق — Les Personnes

الفصل الثانى : محل الحق — L'object du droit

الفصل الأول

أشخاص الحق

Les Personnes

تمهيد وتقسيم :

لا يتصور قيام الحق إلا منسوبا إلى شخص يكون صاحبا له بحيث يستأثر وحده دون غيره بالتمتع بما يخوله له الحق من سلطات .

وإذا كان الحق ينسب بالضرورة إلى شخص ما ، فإن الواجب أو الالتزام الذى يقابل الحق هو الآخر على شخص من الأشخاص .

وقد قدمنا أن هذا الواجب أو الاحترام يمكن أن يكون واجبا عاما سلبيا يقع على عاتق الكافة بالامتناع عن الاعتداء على الحق فى الحقوق العينية . ويمكن أن يكون واجبا محددا يقع على شخص معين بالذات " شخص المدين " فى الحقوق الشخصية .

وصاحب الحق ينظر إليه على أنه " الطرف الإيجابى " أما من يلتزم بأداء معين فى مواجهة صاحب الحق يقال له " الطرف السلبى " والشخص فى نظر القانون إذن هو من يتمتع بالشخصية القانونية، أى من يكون صالحا للتمتع بالحقوق والتحمل بالالتزامات [1] . وهذه الشخصية القانونية تثبت فى الأصل

---

(١) توفيق فرج ، المرجع السابق ، ص ٥٩٤.

للإنسان وهو ما يطلق عليه قانونا الشخص الطبيعى . ومع ذلك فإن الشخصية القانونية يمكن أن تثبت لغير الإنسان . مثال ذلك مجموعات الأشخاص أو الأموال مثل المؤسسات والجمعيات .

لذا فسوف نتحدث بداية عن الشخص الطبيعى ثم الشخص الاعتبارى .

المبحث الأول

الشخص الطبيعى

نستطيع بداية أن نقول أن الشخص الطبيعى هو الإنسان ، فكل إنسان فى القانون ، هو شخص صالح للتمتع بالحقوق والتحمل بالالتزامات أى أن له شخصية قانونية .

ولا ترتبط الشخصية القانونية بالإدراك والتمييز . ولذلك فإن المجنون والطفل عديم التمييز لهما شخصية قانونية رغم انعدام الإدراك أو التمييز .

وقد توصل الفكر الإنسانى إلى هذه النتيجة بعد تطور تاريخى . فقد عرفت الشرائع القديمة ما يسمى بنظام الرق . كما عرفت أيضا نظام الموت المدنى .

أما بالنسبة للرق: الرقيق شخصا فى نظر القانون . صالحا لاكتساب الحقوق أو التحمل بالالتزامات . بل كان على العكس من ذلك محلا للحقوق . فقد كان يباع ويشترى شأن أى شئ مادى .

- وفى نظام الموت المدنى Le mort civile كان المحكوم عليه فى بعض الجرائم تختفى شخصيته القانونية لمجرد صدور الحكم عليه وبالتالى لم يكن بعد الحكم يستطيع اكتساب الحقوق أو التحمل بالالتزامات . وكان فى نظر القانون ميتا . رغم حياته فى الواقع [1].

وقد تخلصت القوانين الحديثة في الدول المتمدينة ومن نظام الرق ، ونظام الموت المدنى ومع ذلك قد يوجد بعض آثار نظام الموت المدنى . فيما يسمى بالمصادرة العامة لأموال المحكوم عليهم بمصادرة الأموال ، خاصة بعد الحروب وفى عقوبة الحرمان من صفة المواطن . ومردود على ذلك بأن هاتين العقوبتين لا يمكن تطبيقهما إلا فى الظروف الاستثنائية والطارئة التى لا يمكن القياس عليها ولا يمكن أن يمنعنا من تقرير التطور الذى وصل إليه الفكر الإنسانى . فكل إنسان فى عصرنا الحديث له شخصية قانونية ، يتمتع بالحقوق ، ويتحمل بالالتزامات .

ونلفت النظر مع ذلك إلى أن نطاق Domain الشخصية القانونية يختلف بصدد ما إذا كان الإنسان - مواطنا - أو أجنبيا . فالمواطن يتمتع بحقوق ليست للأجنبى . ومنها كما بينا سابقا ، حق الانتخاب ، حق الترشيح للمجالس المحلية .

بل أن المرأة فى بعض الدول ليس لها حق الانتخاب. كما أن الدين له أثره فى تحديد نطاق الشخصية القانونية . على أن عوامل الدين، أو الجنس أو

(١) توفيق فرج ، المرجع السابق ، ص ٥٩٥، بند ٣٥٩ . وراجع أيضا، حسن كيره ، أصول القانون ، ص ٧١١.

المواطنة لا تؤثر على الشخصية القانونية . بل أنها تؤثر فقط فى نطاق الشخصية القانونية . ولا يتعين إقامة تمييز بين المواطنين سواء فيما يتعلـــق بالشـــخصية القانونية أو نطاق الشخصية القانونية على أساس الدين أو الجنس .

ودراستنا للشخص الطبيعى تقتضى بداية أن نوضح مدة هذه الشخصية فـــى مطلب أول ، ثم حالة الشخص ، فى مطلب ثان ، ثم مميزات الشخصية ، فـــى مطلب ثالث ، وأخيرا أهلية الأداء ، فى مطلب رابع .

المطلب الأول

مدة الشخصية " بداية الشخصية ونهايتها "

أولا : ابتداء شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا :

تنص م ١/٢٩ مدنى على أن شخصية الإنسان تبدأ بتمـــام ولادتـــه حيـــا . والتساؤل يثور بصدد تحديد مفهوم الولادة ؟

والولادة التى تبدأ بها الشخصية القانونية هى الولادة التامة أى بأن ينفصـــل المولود عن أمه تماما . ولكن أن ينفصل المولود عن أمه ليس كافيا . بل لابد من أن يولد حيا .

وعلى ذلك إذا تمت الولادة ، وانفصل الجنين عن أمه انفصالا تاما ، ولكـــن ولد الجنين ميتا ؛ لا يكون ذلك بداية الشخصية القانونية حتى ولو كانت الوفاة قـد حدثت خلال عملية الوضع .

وعلى عكس ذلك – فإذا ولد الشخص حيا ولو للحظة واحدة ، تثبت له الشخصية القانونية .

وجدير بالملاحظة أن حياة المولود يستدل عليها بمظاهر الحياة ، كالحركة ، والبكاء ، والتنفس . وإذا كان هناك شك فى مظاهر حياة المولود فإنه يستعان بأهل الخبرة من الأطباء لمعرفة ما إذا كان الجنين قد ولد حيا أم ميتا . وتقرر المادة ٣٠ / مدنى بأن الميلاد يثبت بالسجلات الرسمية المعدة لذلك . فإذا لم يوجد هذا الدليل ، أو تبين عدم صحة ما أدرج بالسجلات ، جاز الإثبات بأية طريقة أخرى .

وفى القانون الفرنسى لا يكفى أن يولد الشخص حيا Vivan T بل يجب أن يكون قابلا للحياة Vivable . وقد قيل فى ذلك أن يكون مستكملا لجميع الأعضاء الأساسية اللازمة للحيازة [1].

والمهم أنه إذا كان الأصل أن شخصية الإنسان تبدأ بتمام ولادته حيا .

إلا أن المشرع قد خرج عن هذا الأصل عندما قرر فى بعض الحالات ثبوت الشخصية القانونية للجنين أو الحمل ، وهذا ما نوضحه فيما يلى :

مركز الجنين أو الحمل :

اعترف المشرع للحمل ببعض الحقوق وذلك خروجا على القاعدة العامة فى المادة ١/٢٩ مدنى والتى تقرر أن شخصية الإنسان تبدأ بتمام ولادته حيا.

---

(١) انظر: توفيق فرج ، المرجع السابق ، ص ٩٨ ، بند ٣٦٠.

والحقوق التى تثبت للحمل أو الجنين هى الحق فى ثبوت نسبه ، الحق فى الميراث ، والحق فى الوصية .

وقد نصت م ٢/٢٩ مدنى على أن حقوق الحمل المستكن يعينها القانون وقد نصت بعد ذلك المادية الثانية ، ونصت المادة ٤٢ من قانون المواريث الصادر فى عام ١٩٤٣ على حقه فى الإرث . والمادة ٥٣ من قانون الوصية الصادر فى عام ١٩٤٦ على حقه فى الوصية .

وأخيرا فقد ورد النص فى القانون المدنى فى م ١٥٦ على حقه فى الإفادة من الاشتراط لمصلحته فى الاشتراط لمصلحة الغير ، كأن يستفيد مثلا من عقد تأمين عقده الغير .

أما بالنسبة لحق الجنين فى الميراث ، فقد ورد النص على أن يوقف له من تركة المتوفى أوفر النصيبين على تقدير أنه ذكر أو أنثى .

فإذا تبين بعد ولادته حيا أنه أنثى ، أخذ نصيبه ويرد الزائد إلى من يستحقه من بقية الورثة . كذلك يرد كل ما أوقف له إذا ولد ميتا .

وفيما يتعلق بالوصية ، فإن الحمل ، أو الجنين ، يستحق ما يوصى له به بعد وفاة الموصى ، فالوصية تصرف مضاف ما بعد الموت ، وقد أوضح المشرع أنه فى حالة الوصية للجنين ، يقوم من له الولاية على ماله بقبولها إذا أذنت له المحكمة فى ذلك ، فإذا ما ولد حيا تكون له ، وإذا ولد ميتا ترد الوصية إلى ورثة الموصى ، فإذا مات الجنين بعد ولادته حيا ، فإن نصيبه فى الوصية يعتبر تركة وتنطبق عليها أحكام التركة فى القانون .

والمتأمل فى الأحكام السابقة يرى ما يلى :

١-إذا كان القانون قد اعترف للجنين بالشخصية القانونية ، فقد جاء ذلك على سبيل الاستثناء ، وفى حدود ضيقة .

٢-إن صلاحية الجنين لاكتساب الحقوق مقيدة فقط بتلك الحقوق التى لا يشترط لثبوتها القبول من الطرف الآخر . مثال ذلك ، الميراث ، والوصية .

وبالتالى فإذا كان اكتساب الحق يتوقف على القبول ، فليس للجنين أو الحمل المستكن حق فيها ومثال ذلك " الهبة " لأنها تنعقد بالإيجاب والقبول[1].

ثانيا : نهاية الشخصية

قدمنا بأن الشخصية القانونية تثبت للإنسان بتمام ولادته حيا ، وبالتالى تظل الشخصية القانونية قائمة ما بقى الإنسان على قيد الحياة . ومعنى ذلك أن الشخصية القانونية لا تنتهى إلا بالموت .

على أن ثمة حالات يثور فيها الشك عن حياة الإنسان بحيث لا يعلم هل هو حى أو ميت . ومثال ذلك المفقود ، و وعندئذ تنتهى شخصية الإنسان إذا غلب احتمال وفاة الغائب على احتمال بقائه حيا وهذا ما يسمى " الموت الحكمى".

ويخلص من ذلك أن الشخصية القانونية يمكن أن تنتهى بالموت الحقيقى ،

---

(١) راجع عكس ذلك : شفيق شحاته ، النظرية العامة للحق ، ص ٤٢ وما بعدها ، بند ٤٨ والذى يرى أن الجنين له أن يكتسب من الحقوق ما هو نافع له نفعا محضا ، مثل الهبة دون تفرقة بين تطلب القبول أو عدم تطلبه ، وفى الهبة يتولى الوصى على الجنين قبولها ؛ انظر فى نفس المعنى : حسن كيره ، أصول القانون ، ص ٧٢٢.

أو بالموت الحكمى " المفقود " .

وسنوضح ذلك فيما يلى :

انتهاء الشخصية بالموت الحقيقى :

إذا كان الأحياء لهم شخصية قانونية ، فالموتى لا يعتبرون أشخاصا فى نظر القانون وعلى هذا تنتهى الشخصية القانونية ، كما ذكرنا ، بالموت .

ومن هنا تنص م ١/٢٩ مدنى بأن شخصية الإنسان تنتهى بموته .

وواقعة الموت شأنها شأن واقعة الميلاد يمكن إثباتها بكل طرق الإثبات بما فى ذلك البينة ، أى شهادة الشهود . وقد أوجب قانون الأحوال المدنية قيدها وأوجب التبليغ عن الوفاة لمكتب الصحة خلال ٢٤ ساعة من الوفاة أو ثبوتها فى السجلات الرسمية المعدة لذلك .

وإذا كانت الشخصية القانونية تنتهى بالموت كما بينا فإن بعض الفقهاء يذهبون إلى إبقاء الشخصية القانونية ممتدة امتدادا اعتباريا حتى بعد الموت إلى حين الانتهاء من تصفية التركة وسداد الديون . ومازال هذا الرأى الذى قال به أصلا، المالكية والحنفية يجد له صدى عند بعض الفقهاء والمحدثين[1] .

ويستند هؤلاء الفقهاء إلى القاعدة الشرعية "لا تركة إلا بعد سداد الديون" ومعناها أنه بعد تنفيذ التزامات التركة من وصايا وديون يئول ما بقى منها إلى الورثة كل بحسب نصيبه المقرر شرعا .

---

(١) عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط فى القانون المدنى ، ج١ ، فقرة ١٤.

كما يستند هؤلاء أيضا إلى قوله تعالى بعد تحديد فرائض الورثة فى آيـــات الميراث (من بعد وصية يوصى بها أو دين) .

كما يستند هؤلاء أيضا إلى نص م ٨٩٩ مدنى والتى تقضى بأولوية الوفـــاء بالتزامات التركة . ثم يأتى بعد ذلك توزيع الباقى على الورثة .

ومن هنا يتعين امتداد حياة المتوفى امتدادا افتراضيـــا أو اعتباريـــا لحيـــن الانتهاء من سداد ديونه وتصفية تركته .

ونحن من جانبنا لا نسلم بهذا الرأى للأسباب الآتية :

١- أن هذا الرأى يقوم على افتراض مستحيل وهو بقـــاء شـــخصية الإنســـان رغم موته .

٢- أن هذا الرأى يقوم على تفسير غير سليم للقاعدة الشرعية " لا تركة إلا بعد سداد الديون " والمعنى الحقيقى أنه لا ملكية خالصة للوارث إلا بعـــد ســـداد ديون التركة . وبعبارة أخرى أن ملكية الوارث للتركة لا تكون كاملة إلا بعد تخليصها من التزاماتها . ولا يمكن تفسير ذلك بالقول بعدم ملكيـــة الـــوارث للتركة . وبقاء شخصية المتوفى قائمة إلى حين سداد الديون التى على التركة فالقول بذلك إنما يحمل النص فوق ما يحتمله .

٣- كذا ، فإن انتهاء شخصية الإنسان بالموت يؤيده أغلب الفقه المعاصر [1].

وأخيرا ، فإن المادة ١/٢٩ مـــن التقنين المدنى صريحـــة على أن شخصية

---

(١) عبد المنعم البدراوى ، المرجع السابق ، ص٥٤٨ ؛ حسن كيره، المرجع السابق،ص٥٣٠.

الإنسان تنتهى بموته . كما أن م ١ من قانون المواريث ١٩٤٣ تنص علـــى أن الإرث يستحق بموت المورث . وكل هذا يؤكد أنه لا مجال للافـــتراض القـــائل بامتداد شخصية المورث حتى سداد ديون التركة . كل ما هنالك أن التركة تنتقـل إلى الورثة محملة بما عليها من ديون أو وصية وهذا يعنى انتقال أموال المورث إلى الورثة وملكية هؤلاء للتركة بمجرد وفاة المورث .

كما أن قوله تعالى (من بعد وصية يوصى بها أو دين) إنما تثبت ملكيـــة الورثة للتركة بمجرد وفاة المورث . ولكنها ملكية مشمولة بالتزامات المورث من وصايا أو ديون .

٢- انتهاء الشخصية القانونية بالموت الحكمى " المفقود :

الشخصية القانونية تنتهى كما أوضحنا بالموت الحقيقى للإنسان . وقد ذكرنا أن هناك بعض الحالات يفقد فيها الشخص دون أن يكون فى الإمكان إقامة الدليل على موته ويرجح مع ذلك احتمالات وفاته على احتمالات حياتـــه . فـــى هـــذه الحالات يعد الشخص فى حكم المتوفى وتنتهى تبعا لذلك شـــخصيته القانونيـــة . على أن هذا الحكم ينقضى وينتهى كل آثاره إذا ظهر المفقود حيا .

وعلى هذا فإن المفقود هو الشخص الذى غاب عن وطنه أو محـــل إقامتـــه غيبة منقطعة ، وانقطعت أخباره بحيث لا تعرف حياته من مماته [١].

ويختلف المفقود عن الغائب . فإذا كان المفقـــود مثل الغائب ، كلاهما يغيب

---

(١) أنظر : توفيق فرج ، المرجع السابق ، ص ٦٠٧ ، بند ٣٦٣.

عن موطنه أو محل إقامته . إلا أن الغائب تكون حياته معلومة وأخبـاره غـير منقطعة ومحل إقامته معروف . لذلك فالغائب لا تنتهى شخصيته القانونيـة ، ولا يعد مفقودا ، وكل ما هنالك أن الغيبة يترتب عليها استحالة مباشـرة الشـخص الغائب لحقوقه وبالتالى تقيم المحكمة وكيلا عنه يتولى مباشـرة مصالحـه فـى أثناء غيبته . وقد أحالت المادة ٣٢ من القانون المدنى ، إلى القوانين الخاصة فى شأن أحكام الغيبة ، والفقد . وصدر لذلك قانون ١٩٢٩/٢٥ (المعدل) الذى نـص فى مادته ٢٩على أن " يحكم بموت المفقود الذى يغلب عليه الهلاك بعـد أربـه سنين من تاريخ فقده ، وأما فى جميع الأحوال الأخرى فيفوض أمر المدة التـى يحكم بموت المفقود بعدها إلى القاضى ، وذلك كله بعد التحـرى عنـه بجميـع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة أن كان المفقود حيا أو ميتا ".وبـذا ، فـرق النص فى الحكم بين حالتين ، هما الفقد فى ظروف يغلب فيها الهلاك والفقد فـى ظروف لا يغلب فيها الهلاك . ثم عدل النص فأضيف إليه حالة الفقد فى السـفن التى تغرق أو الطائرات التى تسقط – وسوف نعرض بداية لحالات المفقود ، ثـم أثر الحكم باعتباره ميتا . وأخيرا ظهور حياة المفقود .

أولا : حالة المفقود :

أ–حالة المفقود الذى يغلب عليه الهلاك :

ويكون ذلك فى حالات الفقد فى الحروب ، والكـوارث مثـل الزلـزال ، والفيضانات ، فى هذه الحالة يحكم بموت المفقود بعد أربع سنين من تاريخ فقـده أو بصدور قرار وزير الحربية باعتباره مفقودا إذا كان من العسكريين .

والواقع أن قرار وزير الحربية في هذا الشأن يقوم مقام الحكم القضائي.

ب- حالة الفقد فى ظروف لا يغلب فيها الهلاك :

ويكون ذلك فى حالة من سافر إلى بلد آخر للسياحة ، أو طلب العلم ، ثم انقطعت أخباره ، ولم تعلم حياته من مماته . فى مثل هذه الحالات يترك للقاضى سلطة تقديرية فى تحديد المدة اللازمة للحكم بموت المفقود . ومن البديهى أن هذه المدة لا ينبغى أن تقل عن أربع سنوات لأنه إذا كان القاضى، أو زير الحربية فى ظروف غلبة الهلاك لا يستطيع إصدار الحكم أو القرار بالموت إلا بعد أربع سنوات من تاريخ الفقد. فإنه فى الظروف التى لا يغلب فيها الهلاك من باب أولى لا تقل عن أربع سنين . وفى جميع الحالات ، أى فى الحالات التى يغلب فيها هلاك الشخص أو التى لا يغلب فيها هلاكه لا يجوز الحكم بوفاة المفقود إلا بعد أن يتحرى القاضى عنه بجميع الطرق الممكنة حتى يعرف ما إذا كان حيا أوميتا.

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية أن كل ذى شأن – كالزوجة أو ورثة المفقود – له أن يدعى بموت المفقود حتى ولو لم تنقضى الأربع سنين المذكورة على فقده فإن ثبتت الدعوى بأية طريقة من طرق الإثبات انتهت شخصية المفقود بموته حقيقة لا حكما [1].

ج- حالة الفقد على السفن الغارقة ، أو الطائرات المنكوبة :

- إذا تبين أن الشخص قد فقد ،على ظهر سفينة غرقت ، أو فى طائرة سقطت

---

(١) راجع المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى ، ج١ ، ص ٣٢٨.

فإن المفقود يعتبر ميتا بعد مضى سنة واحدة بقرار من رئيس مجلس الـــوزراء ، أو وزير الدفاع بعد التحرى .

ثانيا : أثر الحكم باعتبار المفقود ميتا

يترتب على الحكم باعتبار المفقود ميتا – أو صدور قرار وزيـــر الحربيـــة بذلك – انتهاء شخصية المفقود . فالمفقود يعتبر ميتا من تاريخ الحكم أو صـــدور قرار وزير الحربية إذا كان من العسكريين ويترتب على هذا النتائج الآتية :

- توزيع تركة المفقود على كل من كان موجودا من ورثتة وقت الحكم أو قرار وزير الحربية .

- تعتد زوجته عدة الوفاة من ذلك التاريخ ويحل لها بعد انقضاء فترة العدة أن تتزوج من غيره .

- ويبدو من ذلك أن الحكم أو القرار القاضى باعتبار المفقود ميتا هو الـــذى يرتب هذه النتائج . وأخذا بمفهوم المخالفة فإن شخصية المفقود تظل قائمة قبل صدور الحكم أو القرار باعتباره ميتا.ويترتب على هذا النتائج الآتية :

▪ أن أموال المفقود فى الفترة السابقة على الحكم بوفاته لا تورث وإنما تبقـــى أمواله على ملكه،ويعين وكيل أو قيم للمحافظة عليها،وإدارتها وتولى شئونه .

▪ وتظل علاقة الزوجية قائمة، مع الأخذ فى الاعتبار أن للزوجة أن تطالب قضائيا بتطليقها طلاقا بينا إذا غاب الزوج بدون عذر سنة فأكثر وترتب على ذلك ضرر لها ، حتى ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه .

- يوقف للمفقود نصيبه المستحق له من ميراث أو وصية حتى يتبين أمره.
- لا يرث المفقود غيره من أقاربه الذين ماتوا أثناء فقده ، ولا يستحق ما يوصى له به إذا مات الموصى خلال مدة الفقد . ذلك أن القانون يشترط لاكتساب الحق في الإرث أو الوصية ، تحقق حياة الوارث أو الموصى به وقت وفاة المورث أو الموصى ، ولا يكفى لذلك افتراض حياة المفقود .

ثالثا : ظهور حياة المفقود

سبق أن أوضحنا أن الحكم بموت المفقود اعتبارى وليس حقيقى ، والقاعدة العامة أن يسقط هذا الحكم وتسقط آثاره إذا ظهرت حياة المفقود سواء فيما يتعلق بالرابطة الزوجية ، أو بأمواله ، وهذه القاعدة العامة يستثنى منها الآثار التى تضر بحقوق الغير .

ونوضح ذلك فيما يلى :

١- فى شأن الرابطة الزوجية ..

- إذا عاد المفقود أو ظهرت حياته تعود زوجته إليه إذا لم تكن قد تزوجت بغيره وتعتبر الرابطة الزوجية مستمرة وكأنها لم تنحل، بمقتضى الحكم أو القرار السابق باعتباره ميتا .

وتثور الصعوبة ، إذا كانت زوجته قد تزوجت بآخر فإنها تعود إلى زوجها الأول (المفقود) فى حالات ثلاث هى :

- إذا كان الزوج الثانى قد عقد عليها ولم يدخل بها فإنها تعود إلى زوجها

الأول ويفسخ العقد الثانى .

- إذا كان الزوج الثانى قد تزوجها وهو سئ النية يعلم بحياة الزوج الأول المفقود ، أو كان قد عقد عليها خلال فترة العدة ، فإنها تعود إلى زوجها الأول المفقود .

- إذا كان الزوج الثانى حسن النية ، لا يعلم بحياة المفقود ، ودخل بالزوجة ، ولم يكن قد عقد عليها أثناء فترة العدة ، فإنها تكون له ولا تعود لزوجها الأول (المفقود) ، ولذا نصت المادة ٨ من القانون المذكور على أنه إذا جاء المفقود أو لم يجئ وتبين أنه حى فزوجته له ، ما لم يتمتع الثانى بها غير عالم بحياة الأول ، فإن تمتع بها الثانى غير عالم بحياته ، كانت للثانى ما لم يكن عقده فى عدة وفاة الأول .

بالنسبة لأمواله :

بالنسبة لأموال المفقود التى كانت له ، فإنه يأخذ ما بقى منها فى يد ورثته بالنسبة لما كان موقوفا لأجله من ميراث أو وصية ، فإنه يستحقه ويأخذ فقط الباقى منه فى يد الورثة أو الموصي لهم . أما ما استهلك من هذه الأموال فإنهم لا يسألون عنه بالتعويض ، وتصرفهم فيه كان تصرفا قانونيا صحيحا بناء على الحكم أو القرار الصادر باعتباره ميتا .

المطلب الثانى

حالة الشخص L'Etat

حالة الشخص هى ، الصفة التى تؤثر على حقوق الشخص ، وواجباتــــه ، وقد تكون هذه الصفة سياسية ، فيتأثر مثلا مركز الأجانب عن مركز المواطنين . وقد تكون عائلية ، أو دينية على النحو الآتى :

الحالة السياسية

المقصود بالحالة السياسية هى مركز الشخص من حيث انتسابه إلى دولـــة معينة ، وارتباطه بها برابطة الولادة والتبعية أو الجنسية La Nationalité ويحدد القانون فى كل دولة الشروط والقواعد التى تثبت بها الجنســـية للأفـــراد الذيـــن ينتسبون إليها[1] .

والجنسية إما أن تكون جنسية أصيلة تثبت للشخص بمجرد ميلاده ، وإما أن تكون مكتسبة .

- **الجنسية الأصيلة** ، وهى التى تثبت للشخص على أساس رابطة أو حـــق الدم ، وفيها يأخذ الولد جنسية أبيه أو جنسية أمه وتسمى Jus Sangunis ، وقـــد تثبت الجنسية الأصيلة على أساس الميلاد على أرض الإقليم ، وفيها يأخذ المولود على أرض إقليم معين جنسية هذا الإقليم ، وهذا ما يسمى بحق الإقليم .

---

(١) حسن كيرة ، المرجع السابق ، ص٥٣٩ ، وما بعدها .

ويأخذ المشرع المصرى برابطة الدم كأساس لمنح الجنسية وهذا ما أوضحته (م٢ – أولا) من قانون الجنسية رقم ٨٢ لسنة ١٩٥٨ ، بقولها " يعتبر مصريا كل من ولد لأب مصري " . فالمشرع المصرى يصرف النظر عن محل الميلاد سواء داخل مصر أو خارجها .ويعتد بحق الدم ، أى من ولد لأب مصرى .

على أن هناك بعض الحالات الاستثنائية التى يأخذ فيها المشرع المصرى برابطة أو حق الإقليم كأساس لمنح الجنسية . من ذلك مثلا إعطاء جنسية الدولة لمن يولد فى أراضيها من والدين مجهولين م٢/ثالثا من قانون الجنسية المشار إليه

– **الجنسية المكتسبة:** إلى جانب الجنسية الأصلية قد تكون الجنسية مكتسبة، وذلك ما يسمى بالتجنس Naturalisation ، وفيها تمنح الجنسية لأجنبى فى دولة ما بشرط معينة . منها الإقامة فى البلد لمدة معينة ، ومنها التجنس بسبب الزواج.

ويترتب على انتماء الشخص لدولة معينة مجموعة من الآثار نستطيع إيجازها فيما يلى :

- أن التمتع بالحقوق السياسية " حق الانتخاب ، حق الترشيح " قاصر على المواطنين وليس الأجانب .
- الأجنبى لا يلزم بأداء الخدمة العسكرية .
- قد يحرم القانون أو يقيد الأجانب من تولى بعض المهن أو الوظائف ، وقد يحرم أو يقيد عليهم حق تملك العقارات .

ثانيا : الحالة العائلية – أو القرابة

L'Etat de Famille

المقصود بذلك هو تحديد مركز الشخص فى أسرة معينة باعتباره عضـــوا فيها ، تربطه بأعضائها رابطة وثيقة من قرابة النسب ، أو قرابة المصاهرة .

أ- **وقرابة النسب** ، هى الصلة الوثيقة بين الأشخاص بناء على دم مشـــترك أو أصل مشترك (م٣٤ من القانون المدنى المصرى) ، وقرابة النسب يمكـــن أن تكون قرابة مباشرة ، أو قرابة حواشى .

أما القرابة المباشرة ، فهى الصلة بين الأصول والفـــرع ، الجـــد ، الأب ، الابن ،أو الجدة ، وما يتفرع عنها (راجع م٣٥ مدنى مصرى)

وقرابة الحواشى ، هى الصلة بين من يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعا للآخر ، من ذلك مثلا القرابة بين الأخ وأخيه ، أو بين الشـــخص ، وعمه ، وعمته وأبنائهم أو بين الشخص وخاله وخالته أو أبنائهم ... إلخ .

وفى حساب درجات القرابة بنوعيها يجرى إسقاط الأصول . ويعتـــبر كـــل فرع فيما عدا ذلك درجة ، فالابن فى الدرجة الأولى من القرابة لأبيه أو لأمـــه ، وذلك لأن الابن فرع ، وهذه درجة ، ويجرى إسقاط الأب أو الأم لأنهما أصـــلى . والأصول يجرى إسقاطها ، وكذلك ابن الابن ، يعتبر فى الدرجة الثانية ، وللجـــد أو الجدة ، وهكذا .

وفى قرابة الحواشى . يعتبر الأخ فى الدرجة الثانية لأخته ، فالأخ درجه فى

اعتباره (فرعا) ، والأب لا يحسب ، فهو أصل ، والأصل يجرى إسقاطه – كما بينا – ومن الأصل المشترك إلى الأخت درجة فيكون المجموع درجتان .

ب- قرابة المصاهرة :

هى القرابة التى تقوم نتيجة الزواج . أى القرابة التى تقوم بين أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر.وتنص المادة ٣٧ من القانون المدنى على أن" أقارب أحد الزوجين يعتبرون فى نفس القرابة ، والدرجة بالنسب إلى الزوج الآخر " .

وعلى ذلك ، فإن أب الزوج يعتبر قريبا من الدرجة الأولى للزوجة ، وشقيق الزوجة قريب للزوج من الدرجة الثانية ، وهكذا .

والسؤال الذى يثور ، بعد أن حددنا " مفهوم الحالة العائلية " يتعلق بماهية القرابة ؟

والواقع أن القرابة ترتب آثارا قانونية متعددة تتحدد بحسب القرابة ودرجتها.

فالقرابة لها آثارها فيما يتعلق بالحقوق والواجبات العائلية التى تثبت تبعا لمراكز الشخص فى الأسرة ، فهناك مثلا حقوق للأباء على الأبناء ، والعكس ، أى أن هناك حقوق للأبناء على الأباء ، وحقوق للزوج على زوجته ، والعكس .

كذلك ترتب القرابة بعض الحقوق مالية ، كالنفقة بين الأقارب .

وهناك آثار أخرى تتعلق بمحرمات الزواج ، فالقرابة مانعا من موانع الزواج إلى درجة معينة .

كذا ، فإن للقرابة أثارها فيما يتعلق بممارسة الشخص لنشاط قانونى ، من

ذلك مثلا " أنه لا يجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج أو الأقارب إلـــى الدرجـــة الثانية ، عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب " (م٢٢٢مدنى مصرى) .

ومن ذلك أيضا ما نصت عليه المادة ٥٠٢ مدنى من أنه " يرفـــض طلـــب الرجوع فى الهبة إذا كانت الهبة لذى رحم " .

ومن ذلك ما تنص به المادة ١٤٦ من قانون المرافعات المصرى الجديد من " عدم صلاحية القاضى لنظر الدعوى إذا كان قريبا أو صهرا لأحد الخصوم إلى الدرجة الرابعة أو كان له أو لزوجته خصومة قائمة مع أحد الخصوم فى الدعوى أو مع زوجته " .

ومن ذلك أيضا ما نصت عليه المادة ٩٣٩ مدنى من "منع الأخذ بالشفعة إذا وقع البيع بين الزوجين أو بين الأصول ، والفروع إلى الدرجة الرابعة ، أو بيـــن الأصهار لغاية الدرجة الثانية " .

ونخلص من ذلك أن القرابة لها تأثير فيما يتعلق بمدى صلاحية الشـــخص لاكتساب الحقوق ، أو تحمله بالواجبات .

ثالثا : الحالة الدينية

إذا كانت القاعدة أن الحالة السياسية للشخص باعتباره منتميا إلى دولة معينة أو حالته العائلية باعتباره منتميا إلى أسرة ما لها آثارها فى مجموع ما للشـــخص من حقوق وما عليه من التزامات ، فإن الحالة الدينيـــة لا يعتـــد بـــها المشـــرع المصرى إلا على سبيل الاستثناء .

فالمبدأ العام ، فى القانون المصرى ، أن اختلاف الدين لا أثر له فى تحديد مدى أهلية الوجوب بين الوطنيين . لكن هذا المبدأ العام يرد عليه مجموعة من الاستثناءات تؤثر فيها الحالة الدينية على مركز الشخص القانونى ، خاصة فيما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية .

فالمصريون يخضعون لشرائعهم الخاصة ، فيما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية ، وينشأ عن ذلك اختلاف المركز القانونى ، والحقوق ، والالتزامات ، باختلاف ديانة كل شخص . فالمسلم له حق الزواج بأربعة ، بينما يقتصر حق الزواج بغير المسلمين على واحدة ، وللزوج المسلم إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة ويختلف الأمر بالنسبة للزوج غير المسلم .

لا يجوز لمسلمة الزواج بغير مسلم ، بينما يجوز للمسلم الزواج بكتابيه . وهذه الحالات وردت على سبيل الاستثناء وهى لا تلغى المبدأ العام ، وهو تساوى الوطنيين " المصريين " جميعا فى الحقوق ، والواجبات ، وعدم تأثير الدين فى المركز القانونى للشخص .

المطلب الثالث

مميزات الشخصية

تمهيد وتقسيم :

لكل إنسان فضلا عن الصفات السياسية ، والعائلية ، وأحيانا الدينية – التى

عرضنا لها مميزات معينة تميزه عن غيره . وهذه المميزات من حيث الإسم ، وهو وسيلة التعرف على الإنسان ، وأخيرا من حيث الوطن الذى يتيح العثور على مكانه ، ويمكن مخاطبته فيما يتصل بشئونه القانونية .

وسوف نشرح بداية ، الإسم ، ثم الموطن ، كوسائل تميز الشخص عن غيره من الأشخاص الآخرين[١] .

المحور الأول : الاسم : Le Nom

نصت المادة ٣٨ من القانون المدنى المصرى على أن يكون لكل شخص إسم ولقب . وسوف نوضح فيما يلى : ما الإسم ، ثم التكييف القانونى للإسم ، وأخيرا ، الحماية القانونية للحق فى الإسم .

١) ما هية الإسم :

الإسم ، حق من الحقوق اللصيقة بالشخصية ، وهو وسيلة معينة لتمييز كل شخص عن آخر بما يمنع الاختلاط ، أو الشبه بين الأفراد فى المجتمع .

---

(١) راجع فى ذلك تفصيلا : M.M.Mazeaud فى :
Leçon de droit civil t-1, ed,1956 , n° 111.
وراجع أيضا :Roubier فى :
Droits subjectifs et situations juridiques,1963.
وانظر فى مصر : توفيق فرج ، المرجع السابق ، ص٦١٨ ، بند ٣٧٢ وما بعدها ؛ حسن كيره ، المرجع السابق ، ص٥٣٧ ، بند ٢٦٩ وما بعدها ؛ وانظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى ، ح١ ، ص٣٣٦ وما بعدها ؛ وانظر المواد ٣٨،٣٦،٣٤ من القانون المدنى المصرى .

والإسم يقصد به فى معناه الواسع ، الإسم واللقب ، وقصد باللقب اسم الأسرة التى ينتمى إليها الشخص . والمشرع قد جعل من اتخاذ الإسم ، واللقب أمرا واجبا قانونيا . وبالتالى يكون الاسم بالمعنى الواسع الذى حددناه علامة على الشخص وعلى الأسرة التى ينتمى إليها (١).

والقاعدة أن اللقب يلحق الشخص عن طريق النسب ، فيأخذ الولد لقب أبيه . وقد جرى العرف فى بعض الدول الغربية (فرنسا مثلا) على أن تكتسب الزوجة الحق فى لقب زوجها دون أن تفقد حقها فى اللقب الذى اكتسبته بالنسب (٢)، وعلى العكس من ذلك ، فى مصر لا يلحق لقب الزوج بزوجته .

وفى الشرائع التى تبيح التبنى ، يأخذ الولد المتبنى لقب متبنيه .

وأخيرا ، فإن مجهولى الأبوين من الأطفال يطلق عليهم أسماء لا تأتى عن طريق النسب .

ب) التكييف القانونى للاسم :

اختلف الفقه بشأن التكييف القانونى للاسم . فالبعض يرى أن الاسم بالنسبة للشخص الذى يحمله هو واجب أو إلـزام .

فالاسم واجب يقرره القانون ، باعتباره نظاما إداريا تفرضه الدولة على الأشخاص ليمكن التمييز بينهم ضمانا لاستقرار المجتمع ، فهو باختصار نظام من

---

(١) حسن كيرة ، المرجع السابق ، ص٥٤٦ ، وما بعدها .
(٢) انظر :M.M.Mazeaud ، المرجع السابق ، ص٥٤٩ .

أنظمة الأمن المدنى Institution de police ويترتب على هذا الرأى النتـــائج الآتية :

- القانون يفرض اتخاذ بعض الإجراءات فيما يتعلق بضرورة ذكر اســـم المولود ولقبه فى البيانات التى تقدم عند التبليغ عن واقعة الميلاد (1).

- أن القانون يفرض على الأفراد اتخاذ اسم ولقب (م٣٨ مدنى).

- ويرى البعض الآخر أن حق الشخص فى اسمه إنما هو حق ملكية .

وهذا هو التكييف الذى يؤيده القضاء الفرنسى (2). وهذا التكييف منتقد مـــن النواحى الآتية :

– أن الملكية إنما ترد على شئ مادى ، والاسم ليس إلا شيئا معنويا .

- وحق الملكية من الحقوق المالية التى يدخل فى الذمة المالية ، فيجـــوز لذلك التصرف فيه ، أو النزول عنه ، كما يسقط بالتقادم بشروط معينة. بينما الحق فى الاسم غير ذلك تماما فليس من الحقوق المالية ، ولا يـرد عليه التقادم المسقط أو المكسب، كذلك لا يمكن التصـــرف فيـــه ، ولا النزول عنه كحق ملكية .

- ويرى أغلب الفقهاء أن الحق فى الاسم إنما هو حق من الحقوق العامة

---

(1) راجع فى ذلك :M.M.Mazeaud ، المرجع السابق ، ص٥٥٩ وما بعدها .

(2) راجع فى ذلك مثلا محكمة باريس فى٨ مارس ١٩٦٦ فـــى J.C.F,1967,11,N°,1434 وراجع الأحكام المشار إليها عند د. توفيق فرج ، المرجع السابق ، ص ٦٢٩ ، الحاشية.

اللصيقة بالشخصية ولذلك فإنه يتمتع بالحماية المكفولة لهذه الحقـــوق . ويتميز بأنه حق مطلق يمكن الاحتجاج به فى مواجهة الكافـــة . فحــق الفرد فى الاسم يقابله واجب سلبى عام على الجميع باحترامـــه وعــدم الاعتداء عليه . وهذا هو التكييف السائد فى الوقت الحالى ويترتب علــى هذا النتائج الآتية :

١–أن الحق فى الاسم لا يمكن التعامل فيه ، ولا النزول عنه .

٢–أنه لا يسقط بالتقادم ولا يمكن اكتسابه أيضا بالتقادم [١].

ج – حماية الحق فى الاسم :

تنص م ٥١ من القانون المدنى على أن " لكل من نازعه الغير فى اســتعمال اسمه دون حق أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه مــن ضرر " .

والاعتداء على الاسم يكون بالمنازعة فيه أو انتحاله لنفسه أو استعماله على أى وجه كان .

وقد أعطى القانون لصاحب الحق فى الاسم الحق فى مطالبة المعتدى بالكف عن الاعتداء ، كما يخول له الحق فى التعويض عما يكون قد نشأ عن ذلك مـــن ضرر مادى أو معنوى .

---

(١) ويرى حسن كيره أن الاسم له طبيعة مزدوجة مركبه فهو حق مـــن الحقـــوق اللصيقـــة بالشخصية من ناحية ، وهو واجب يقع على عاتق كل شخص من ناحية أخرى ولازدواج طبيعة الاسم على هذا النحو أثره فى تحديد خصائصه ، المرجع السابق ، ص ٥٥٠ ، بند ٢٧٨ .

المحور الثانى : الموطن Le Demicile

أهمية الموطن وتقسيمه :

سبق أن أوضحنا أن الحالة et at تحدد مركز الشخص بانتمائه إلــى دولــة معينة ، وأسرة ، وأحيانا الدين . فإن الاسم يتيح التعرف على الشخص ويمنع من اختلاطه بغيره فإن الموطن إنما يمكن من العثور على مقر الشخص .

والمقصود بالموطن أنه المقر القانونى للشخص فيما يتعلق بنشاطه القانونى، ويخاطبه فيه الغير بالنسبة لكل ما يتعلق بهذا النشاط بحيــث يعتــبر الشــخص موجودا فيه على الدوام حتى لو تغيب عنه بصفة مؤقتة .

وبهذا التعريف فإن الموطن Le domcile يختلف عـــن محـــل الإقامـــة La demeure ، وهو المكان الذى قد يوجد فيـــه الشـــخص بصفـــة مؤقتـــة أو عارضة بحيث لا يمكن اعتباره فى نظر القـــانون مقـــرا ثابتـــا فـــى علاقاتـــه مـــع الغـــير [1].

ويرتب القانون على الموطن مجموعة من الآثار :

من ذلك ما ينص عليه م ١٠ من قانون المرافعـــات المصـــرى الجديـــد أن المطلوب إعلانها إلى الشخص تسلم إليه هو نفسه ، أو فى موطنه .

- ما تنص عليه المادة ٤٩ من قانون المرافعات الجديد من أن الدعـــاوى

---

(١) راجع : حسن كيره ، المرجع السابق ، ص ٥٦٠.

الشخصية يكون النظر فيها من اختصاص المحكمة الواقع فى دائرتـــها موطن المدعى عليه .

- وتنص م ٣٤٧ من القانون المدنى على أن الوفاء بالالتزامات التى ليـس محلها شيئا معينا بالذات يكون فى المكان الذى يوجد فيه موطن المديـــن وقت الوفاء ما لم يجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك .

- كما تنص م ١٩٧ من القانون التجارى على أن شهر الإفلاس يكون من اختصاص المحكمة الكائن بدائرتها موطن المدين .

- والموطن قد يكون عاما ، وقد يكون خاصا ، والموطن العام هو الـــذى يعتد فيه بالنسبة إلى جميع معاملات الشخص ونشاطه بوجه عام .

- والموطن الخاص على العكس من ذلك يعتد فيه بالنســبة إلـــى بعــض الأعمال أو بعض الأنشطة .

- والقاعدة العامة أن الموطن العام إنما يختـــاره الشـــخص بإرادتـــه دون إجبار وهذا هو الموطن الاختيارى أو الإرادى . على أن القـــانون قــد يفرض على بعض الأشخاص موطنا معينا فى حالات استثنائية لا يكون لإرادة الشخص دخل فى اختياره . ويقال عليه الموطـــن الإجبـــارى أو الإلزامى .

من هنا نستطيع تقسيم الموطن إلى موطن عام وموطن خاص ، والموطــــن العام ينقسم إلى موطن اختيارى أو إرادى ، وموطـــن إلزامى أو إجبارى ، وهذه

التقسيمات نلقى عليها الضوء على النحو التالى :

أولا : الموطن العام

قلنا أن الموطن العام هو مقر الإقامة العادية المستقرة التى يعتد فيها بجميع النشاطات القانونية للشخص . والأصل أن يكون الموطنٌ العام اختياريا ، إلا أن هناك بعض الاستثناءات بفرض فيها القانون على الأشخاص اتخاذ موطن معين . فيكون موطنا إلزاميا – إجباريا .

وسوف نعرض فى البداية الموطن الاختيارى ، ثم الموطن الإلزامى :

١- الموطن الاختيارى :

بالنظر إلى م ١/٤٠ مدنى مصرى ، فإن الموطن هو المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة وبهذا النص فقد أخذ المشرع المصرى بما يسمى التصوير الواقعى للموطن . فالموطن هو المكان الذى يقيم فيه الشخص إقامة مستقرة ويعتبر أنه موجود فيه دائما حتى ولو تغيب عنه أحيانا . فلا يكفى وجود الشخص فى مكان ما ، وإنما يلزم الاستقرار فى هذا المكان . فعنصر الاستقرار ضرورى لتوافر شروط الموطن . وقد ضربت محكمة النقض مثلا على ذلك فى حكم لها ١٩٦٩ وذلك بقولها أن مكان تلقى العلم دون الإقامة فيه لا يعد موطنا [1]. والموطن إذن فى نظر القانون المصرى هو محل الإقامة ، الذى يقيم فيه الشخص عادة أى

(١) راجع نقض مدنى ٢٧ مايو ١٩٦٩ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٢٠ رقم ١٢٧ ، مشار إليها فى : توفيق فرج ، المرجع السابق ، ص ٦٢٤ ، الحاشية .

بشكل مستقر . على أن الاستقرار لا يقصد به الإقامة المتصلة ، وإنما يقصد بــه الإقامة المعتادة . ويتحقق هذا الشرط حتى ولو تخلل الإقامة فترات انقطـــاع أو غياب ، وبالنظر إلى عنصرى الإقامة والاستقرار يمكن لنا أن نستنتج الآتى :

- قد لا يكون للشخص موطن معين ، كالبدو الرحل ، بالنظر 'لى عــــدم توافر عنصر الاستقرار .
- يجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن ، مثال ذلك أن يكون للشخص زوجتان يقيم مع كل منهما ، فى مكان منفصل عـــن مكــان الزوجــة الأخرى.
- وبهذا فقد أخذ المشرع المصرى بالتصوير الواقعى للموطن الذى يتركز أساسا على الإقامة الفعلية ، وهذا ما يتفق مع الاعتبـــارات العمليــة ، ويترتب على هذا التصوير الواقعى للموطن أنه يجوز للشخص أن يغير موطنه بإرادته .

الموطن الإلزامى :

ويتحقق ذلك عندما يتدخل القانون لتحديد الموطن العـــام بالنســبة لبعــض الأشخاص دون تدخل من إرادتهم فى ذلك عندما تحول الظروف بينـــهم وبيـــن اختيار " موطن " .

من ذلك ما نصت عليه م ١/٤٢ مدنى على أن " موطن القاصر ، المحجوز عليه ، والمفقود ، والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانونا .

ويتحدد الموطن في هذه الحالة ليس على أساس واقعى ، بل علـــى أســـاس تحكمى ، ويبقى هذا الموطن الإلزامى طالما وجد مبرر قيامـــه ، وهـــو انعـــدام الإرادة ، أو الغيبة . فإذا بلغ القاصر أو عاد الغائب يرجع إلى الأصـــل ، وهـــو التصوير الواقعى ، الفعلى ، للموطن .

ثانيا : الموطن الخاص : Le domicile Spécial

إلى جانب الموطن العادى الذى بيناه فيما سبق نص القانون علـــى أنـــواع خاصة للموطن وذلك بقصد التيسير فى التعامل على الشـــخص ، وعلـــى مـــن يتعاملون معه، ومن ذلك ، موطن الأعمال ، وموطن ناقص الأهلية فى الحـــالات التى يعتبره فيها القانون أهلا لمباشرة بعض التصرفات ، ثم الموطـــن المختـــار وهذا ما نوضحه فيما يلى :

أ- موطن الأعمال :

نصت م ٤١ من القانون المدنى على أن " يعتبر المكان الذى يباشـــر فيـــه الشخص تجارة أو حرفة موطنا بالنسبة إلى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجـــارة أو الحرفة ".

ومن هذا النص يتضح أن كل ما يتعلق بالنشاط التجارى للشخص من مسائل قضائية يخاطب فيه فى مكان مباشرة التجارة أو الحرفة .

أما الأعمال الأخرى التى لا تتعلق بالتجارة أو الحرفة يخاطب فيه الشـــخص فى موطنه العادى .

ب- الموطن المختار : Le domicile élu

هو الموطن الذى يختاره الشخص لتنفيذ عمل قانونى معين (م٤٣/مدنى مصرى) ومثال ذلك أن يختار الشخص مكتب محاميه لكى يعلن ما يتعلق بمنازعات قد تثور مع الغير نتيجة إبرام عقد معين .

أو أن يشترى شخص عقارا معينا بعيدا عن موطنه ، فيتفق مع البائع على أن يكون له موطن قريب من العقار بالنسبة لهذا المبيع .

أو أن يتخذ الخصم موطنا مختارا فى المنطقة التى بها مقر المحكمة إذا لم يكن مقيما فيها م ٧٤ من قانون المرافعات الجديد . وبهذا النص ، فقد فرض القانون على الشخص اتخاذ موطن خلافا للقاعدة العامة وهى أن اختيار الشخص للموطن يتم بإرادته الحرة .

على أنه ضمانا لاستقرار المعاملات نص القانون (م٢/٤٣ مدنى) على ضرورة إثبات اختيار الموطن كتابة أيا كانت قيمة العمل القانونى الذى اختير الموطن لتنفيذه . وينتهى الموطن المختار بتمام تنفيذ العمل القانونى الخاص به .

ج- موطن ناقص الأهلية بالنسبة لما يعتبر أهلا لمباشرته من حقوق :

سبق أن أوضحنا أن الموطن العام لعديمى وناقصى الأهلية يتحدد بموطن من ينوب عنهم وهذا هو التحديد الإلزامى أو الإجبارى للموطن . ويبرر هذا التحديد الإلزامى إلى عدم قدرة هؤلاء على مباشرة التصرفات القانونية الخاصة بهم .

على أن القانون قد خرج على هذه القاعدة العامـــة فـــى بعـــض الحـــالات الاستثنائية التى يسمح فيها لعديمى وناقصى الأهلية ببعض التصرفات القانونيـــة . وفيها يتحدد لهؤلاء موطن خاص بالنسبة لهذه التصرفات القانونية . وذلك إلـــى جانب الموطن العام الذى يتحدد بموطن من ينوب عنهم .

ولذلك تنص م ٢/٤٢ من التقنين المدنى على أن " ... يكون للقاصر أن يبلغ سن ١٨ سنة ومن فى حكمه موطن خاص بالنسبة إلى الأعمال والتصرفات التـــى يعتبره القانون أهلا لمباشرتها ".

وهذا النص يعد تطبيقا للمبدأ الذى أسلفناه . هو أن الأعمال والتصرفـــات التى يعتبر القاضى فيها كامل الأهلية يكون له موطن خاص لمباشرتها ، غـــير موطن وليه ، أو وصيه (1). ويتحدد هذا الموطن على أساس إقامتـــه العاديـــة ، وطبقا لقواعد تحديد الموطن بصفة عامة .

المطلب الرابع

أهليـــة الأداء

تمهيد وتقسيم :

نود أن نوضح بداية أن الأهلية قد يقصد بها أهلية الوجوب ، وقد يقصد بها أهلية الأداء .

أما أهلية الوجوب Capacitéde Jouissance فهى صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق ، والتحمل بالالتزامات . وعلى هذا النحو فإن أهلية الوجوب ترتبط ارتباطا وثيقا بالشخصية القانونية . فكل شخص له أهلية وجوب. وأهلية الوجوب تثبت للشخص بمجرد ولادته حيا كما سبق أن بينا . بل أن القانون قد جعل للحمل المستكن أو الجنين أهلية وجوب محدودة [1] في بعض المسائل ، كالميراث ، والوصية .

وعدم الاعتراف بأهلية الوجوب للشخص إنما تعنى تلقائيا عدم الاعتراف له بالشخصية القانونية وهذا لا يوجد فى ظل التشريعات الحديثة .

على أن الاعتراف لكل شخص بأهلية الوجوب لا يمنع من تحديد نطاق الأهلية باختلاف الحالة العائلية أو السياسية أو الدينية للشخص [2] على النحو

---

(١) راجع بصفة عامة عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج١ ، ص ٢٥٩ ، الحاشية ؛ حسن كيره ، المرجع السابق ، ص ٥٧٢ ؛ توفيق فرج ، المرجع السابق ، ص ٦٤٦.

(٢) ومثال ذلك ، لا يجوز للأجنبى مباشرة حق الانتخاب ، وحق الترشيح للمجالس المحلية ، ولا يجوز للأجنبى فى بعض القوانين تملك العقارات .

الذى بسطناه آنفا .

- وأهلية الأداء Capcitéd exercice هى صلاحيــة الشخص للتعبير عن إرادته تعبيراً يرتب عليه القانون آثارا قانونيــة . أو بمعنــى آخــر هــى صلاحية الشخص لأن يكون صالحا للحق ، والالتزام أو صلاحيتــه لأداء الأعمال القانونية بنفسه ، ولحساب نفسه ، وعلى عكس أهليــة الوجــوب التى تثبت لكل شخص فإن أهلية الأداء يلزم لوجودهــا أن يتوافــر لــدى الشخص قدرة على التمييز تجعله قادرا على التعبير عن إرادتــه تعبــيرا منتجا لآثار قانونية . ومناط أهلية الأداء إذن هو قــدرة الشــخص علــى التعبير بنفسه تعبيرا منتجا لآثار قانونية وإذا أردنا الإيجاز فإن مناط أهليــة الأداء هو الإرادة أو القدرة على التمييز .

- فإذا علمنا أن أهلية الأداء لازمة لإبرام التصرفات القانونيــة . فــهذا يعنى استبعاد الأعمال المادية . وهذا يستلزم بطبيعة الحال تحديد التفرقة بيــن نوعى الأعمال .

والواقع أن كل ما يصدر عن الإنسان لا يخرج على أن يكون إما عمــل قانونى ، أو عمل مادى .

أما الأعمال القانونية فهى تحتاج إلى الإرادة Volontéفى إنشائها وفــى ترتيب آثارها وفى انقضائها .

والأعمال المادية على العكس من ذلــك لا تســتلزم الإرادة أو التميــيز لترتيب آثارها القانونية . وهذه الأعمال المادية ، على ما سنرى، إما أن تكــون

نافعة – مثل الإثراء على حساب الغير بلا سبب ، وإما أن تكـــون ضـــارة ، ترتب التزام من يرتكبها بالتعويض .

وإذا كانت الأعمال المادية لا تستلزم الإدراك أو التمييز لترتيب آثارهـــا القانونية فإن نطاق أهلية الأداء إنما ينصرف فقط إلى التصرفات القانونية .

وتنقسم التصرفات القانونية من حيث أهلية الأداء إلى أقسام ثلاثة هي :

- التصرفات التي تكون نافعة للشخص نفعا محضا ، وهي تصرفـــات يترتب عليها إثراء الشخص دون مقابل مثال ذلك قبول الهدية ، قبول الوصية .

- التصرفات التي تكون ضارة للشـــخص ضـــررا محضـــا ، وهـــي تصرفات يترتب عليها افتقار الشخص دون مقابل مثال ذلـــك الهبـــة بالنسبة إلى الواهب ، والوصية بالنسبة إلى الموصي .

- التصرفات التي تدور بين النفع والضرر وهي التصرفات التي تـــدور بين النفع والضرر . أي التصرفات التي تقوم على احتمـــال الكســـب والخسارة بما في ذلك البيع ، والإيجار، والمقاولة ، والوديعة بـــأجر ، والشركة .... إلخ .

وإذا كان الشخص كامل الأهلية ، كان له مباشرة هذه التصرفات القانونية جميعها ، وإذا كان عديم الأهلية ، لم يكن له مباشرة أي نوع منها ، فإذا كـــان ناقص الأهلية ، كان له فقط مباشرة الأعمال النافعة نفعا محضا ، وامتنع عليه

مباشرة التصرفات الضارة ضررا محضا .

أما بالنسبة للتصرفات التى تدور بين النفع والضرر يتوقف مباشرتها على إذن ، أو إجازة من الولى ، أو من المحكمة .

ونخلص من ذلك إلى تقرير القاعدة التالية وهى ارتباط أهلية الأداء بالتمييز . وإذا كان مناط أهلية الأداء هو التمييز والإدراك . فمعنى ذلك أن أهلية الداء تتدرج مع تدرج الإنسان فى التمييز حسب السن،أو العمر . وتتأثر أهلية الأداء بعوارض التمييز التى قد تعدم قدرة الشخص فى الإدراك أوتنتقص منها . وتتأثر أهلية الأداء أيضا بموانع الأهلية . وإذا وجد عارض من عوارض الأهلية ، أو مانع من موانعها فإن القانون يجعل لغيرهم ولاية مباشرة التصرفات عن هؤلاء – وهذه هى الولاية على المال .

وسوف نتناول بداية تدرج الأهلية بحسب السن ، ثم عوارض الأهلية ، موانع الأهلية وأحكام الولاية على المال .

المحور الأول : تدرج أهلية الأداء بحسب السن

إذا كان مناط أهلية الأداء هو التمييز أو الإدراك ، وكان الإدراك مرتبطا بالسن فكان معنى ذلك تدرج أهلية الأداء بحسب السن .وعليه فقد أوجب المشرع التفرقة فى حياة الإنسان – بين مراحل ثلاث ، **الأولى** وفيها يكون الشخص صغيرا غير مميز " عديم التمييز " . وفى المرحلة **الثانية** ، يكون الشخص صبيا قد بدأ تمييزه لكنه لم يكتمل " ناقص الأهلية " . وفى المرحلة **الثالثة** ، يكون الشخص بالغا ، كامل الأهلية إن لم يكن مريضا بمرض عقلى

يفقده الإدراك أو ينتقص من إدراكه .

المرحلة الأولى : الصغير – عديم التمييز :

حدد القانون المصرى سن التمييز " ٧ سنوات " فنصت م ٤٥ من التقنين المدنى " لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر فى السن -٢- وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقد التمييز " .

فى هذه المرحلة يعتبر الشخص إذن عديم التمييز وتنعدم لديه أهلية الأداء فلا يصلح لمباشرة التصرفات القانونية . سواء كانت نافعة نفعا محضا . أو ضارة ضررا محضا أو تدور بين النفع والضرر .

وتكون تصرفات الصغير باطلة بطلانا مطلقا لا يترتب عليها أى أثر وتعتبر كأنها لم تكن Nul et nul effet [1].

وإذا كان الصغير لا يستطيع مباشرة التصرفات القانونية جميعها . فإن حق مباشرة هذه التصرفات إنما تثبت لوليه . وهو الأب أو الجد الصحيح ، وهذا ما نوضحه فيما بعد .

المرحلة الثانية : الصبى ناقص الأهلية :

وهذه المرحلة تكون ما بين س السابعة وحتى سن ٢١ وهى سن اكتمال الأهلية .

---

(١) وتنص م ١١٠ من القانون المدنى على أنه " ليس للصغير غير المميز حق التصرف فى حاله ، وتكون جميع تصرفاته باطلة ".

وفى خلال هذه الفترة يكون الصبى غير مكتمل الأهلية تماما . ولا يكـون أيضا عديم الأهلية تماما. بل يكون فى مرحلة وسطى هـــى مرحلـــة (نقــص الأهلية).

وقد نصت م ٢/٤٤ من التقنين المدنى على أن " كل من بلغ سن التميـــيز ولم يبلغ سن الرشد يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون ".

ويثور التساؤل عن حكم تصرفات الشخص في هذه المرحلة . والواقع أنه يوجد قاعدة عامة خرج عليها المشرع ببعض الاستثناءات :

القاعدة العامة :

تقضى القاعدة العامة فى هذا الشأن بأن الصبى غير المميز يعتبر كـــامل الأهليـــة بالنسبة إلى التصرفات النافعـــة له نفعا محضا وهى التصرفات التـــى يترتب عليها زيادة حقوقه أو إنقاص ديونه ، كقبول الهبة ، وقبول الوصية.

أما التصرفات التى تدور بين النفع والضرر وهى التصرفات التى يتبـــادل فيها الطرفان الأخذ والعطاء ، كالإيجار ، والبيع ، والمقاولة مثلا ، فإنها تكون قابلة للإبطال ، أو باطلة بطلانا نسبيا لمصلحة القـــاصر الـــذى قـــام بـــها . والبطلان النسبى يجوز إجازته من الولى أو من المحكمة ، كما يـــزول حـــق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد .

أما التصرفات الضارة ضررا محضا ، وهى التى يترتب عليها إنقـــاص حقوقه أو زيادة التزاماته دون مقابل ، فتعتبر باطلة بطلانا مطلقا .

وبحسب نص (م١١٩ من القانون المدنى) فإنه إذا لجأ القاصر إلى طرق

احتيالية لإخفاء نقص الأهلية على المتعاقد الآخـــر ، فإنـــه يلـــتزم بتعويـــض الضرر الذى يعيب الطرف الآخر من جراء إخفاء نقص الأهلية .

هذه هى القاعدة العامة بالنسبة للتصرفات القانونيـــة الخاصـــة بنـــاقص الأهلية.

وقد خرج المشرع المصرى على هذه القاعدة العامة فى بعض الحـــالات الاستثنائية الواردة فى القانون على سبيل الحصر والتى روعى فيها اعتبـــارات خاصة لتحقيق مصلحة ناقص الأهلية .

الاستثناءات على القاعدة العامة :

بمقتضى هذه الاستثناءات يكون لناقص الأهلية حكـــم الشـــخص الـــذى اكتملت أهليته وهذه الاستثناءات هى :

١- أخذا من قانـــون الولاية على المال ، يكون للقاصر أهلية التصـــوف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من أموال لأغراض نفقته. ويصح التصرف المتعلق بهذه الأغراض فى حدود هذا المال فقط .

ويتضح من هذا النص أن المشرع لم يحدد سنا معينة . وعلى ذلك يجـوز للقاصر فيما بين سن ٧ حتى ٢١ سنة ، أهلية التصرف فيمـــا يســـلم لـــه أو يوضع تحت تصرفه لأغراض نفقته . ويلاحظ على هذا النص ما يأتى :

- أن أهلية القاصر محدودة فى حدود هذه الأموال فقط .
- أن له فى حدود هذه الأموال أهلية التصـــرف . وأهلية الإدارة دون

حاجة إلى إذن أحد .

- أن للقاصر أن يعقد ما شاء من ديون فى حدود هذه الأموال فقط .

٢- طبقا لنص (م٦١ من قانون الولاية على المال) " يجوز للقاصر أن يبرم عقد العمل الفردى ، وفقا لأحكام القانون . ويجوز للمحكمة بناء على طلب الوصى أو ذى شأن إنهاء العقد رعاية لمصلحة القاصر ، أو مستقبله أو لمصلحة أخرى ظاهرة .

وقد راعى المشرع فى هذا النص إعطاء الحرية للقاصر فى اختيار نوع العمل دون إجبار من الولى أو الوصى . وفى حالة حدوث أضرار للصبى من جراء إبرام هذا العقد ، أعطى القانون للمحكمة الحق فى إنهاء العقد الذى أبرمه القاصر بناء على طلب من الوصى أو ذى شأن .

٣- للقاصر الذى بلغ ١٦ سنة ، أهلية التصرف فيما يكسبه من عمله ، من أجره ، وغيره (م٦٣ من قانون الولاية على المال) .

والغرض من هذا النص هو تشجيع القاصر على العمل ، والإنتاج . وقد حرص المشرع على إعطاء الصبى الذى يبلغ سن ١٦ سنة ، أهلية كاملة فى حدود هذا المال الذى يكسبه من مهنته أو من صناعته .

وتصرف القاصر فى هذه الأموال لا يتوقف على إجازة أحد . على أن للمحكمة أن تعيد حق القاصر فى التصرف فيما يكسبه من عمله إذا اقتضت المصلحة ذلك .

٤- يجوز للقاصر سواء كان مشمولا بالولاية أو الوصاية أن ينجز إذا

بلغ سن ١٨ سنة ، وأذنته المحكمة فى ذلك إذنـــا مقيــدا أو مطلقـــا (م٥٧ من قانون الولاية على المال) .

والإذن بالتجارة لا يصدر إلا من المحكمة وحدها، ولو كان للقاصر ولــى. وهذا يختلف عن الإذن للقاصر بإدارة الذى يكفى فيه إذن الولى .

٥- أجاز القانون لمن بلغ سن ١٨ سنة أن يوصى ، وتكـــون وصيتــه جائزة متى أذنت المحكمة بذلك (م٥ من قانون الوصية) .

والواقع أن الوصية هى من التصرفات الضارة ضررا محضـــا ، لأنـــها تنشئ فى ذمة القاصر التزاما دون أن تكسبه حقا ، ومع ذلـــك فقــد أجازهـــا القانون للقاصر ، باعتبارها من التصرفات المضافة لما بعد المـــوت ، أى لا يترتب عليها أثر فى الحال . وفى إذن المحكمة رقابة كافية لمنع القاصر مـــن الإيصاء بناء على الهوى أو لمجرد النزوات .

٦- كما أنه طبقا لقانون الولاية على المال (إذا أذنت المحكمة فــى زواج القاصر الذى له مال كأن ذلك إذنا له فى التصرف فى المهر، والنفقة ما لم تأمر المحكمة بغير ذلك عند الإذن ، أو فـــى قـــرار لاحـــق) (م٦٠ من قانون الولاية على المال) .

ويفهم من هذا النص أن الإذن بالزواج للقاصر يكون إذنا بالتصرف فـــى المهر، والنفقة . إلا أنه يجوز للمحكمة ، مع ذلك، أن تحدد للقاصر ما يدفعـــه من مهر أو نفقة.

٧- إذا بلـــغ الصبى الممـــيز سن ١٨ سنة ، وأذن له فى تسلم أموالـــه

لإدارتها . أو تسلمها بحكم القانون كانت أعمال الإدارة الصادرة منه صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون .

ويلزم لتطبيق هذا النص توافر الشروط الآتية :

١-يتعين أن يكون القاصر قد بلغ سن ١٨ سنة .

٢-أن يكون قد أذن له فى تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها ، وهذا الإذن قد يصدر من الولى وقد يصدر من المحكمة .

٣-أن الأهلية التى تعطى للقاصر فى هذه الحالة هى أهلية الإدارة ، فقط وبالتالى فهو لا يملك حرية التصرف فى هذا المال .

٤-وحتى حق الإدارة قد قيده القانون بقيود معينة منها :

- أنه لا يجوز له الوفاء بديون غير الديون المترتبة على أعمال الإدارة (م٥٦) .
- لا يجوز للقاصر أن يتصرف فى صافى دخله إلا بالقدر اللازم لسد نفقاته ، ومن تلزم نفقتهم قانونا .

وفضلا عن ذلك ، يجوز للمحكمة أن تحد من الإذن المعطى للقاصر بتسلم أمواله لإدارتها منه بعد سماع أقواله (م٥٨من قانون الولاية على المال) ويجوز للولى إذا كان هو الذى أعطى الإذن للقاصر فى تسلم كل أو بعض أمواله لإدارتها ، أن يسحب هذا الإذن أو يحد منه ، وذلك بإشهاد لدى الموثق (م٥٤ من قانون الولاية على المال) .

المرحلة الثالثة : البالغ الرشيد :

إذا بلغ الشخص سن الرشد وهى ٢١ سنة فى القانون المصرى ولم يكن مريضا بمرض عقلى يعدم إدراكه أو ينقص منه كان كامل الإرادة والتمييز . ولما كان مناط أهلية الأداء هو التمييز . يكون لهذا الشخص إذن أهلية أداء كاملة .

وبالتالى يجوز للبالغ الرشيد أن يبرم جميع التصرفات القانونية . سواء كانت نافعة نفعا محضا، أو ضارة ضررا محضا أو تدور بين النفع والضرر. (م٤٤ من القانون المدنى) .

وفى هذه المرحلة تنتهى الولاية أو الوصاية التى كانت مقامة على الشخص قبل بلوغه هذا السن ، ما لم تكن المحكمة قد قضت باستمرار الولاية أو الوصاية عليه بسبب إصابته بعارض من عوارض الأهلية التى سنتكلم عنها فيما يلى :

المحور الثانى : عوارض الأهلية

عوارض الأهلية يمكن تقسيمها بحسب تأثيرها فى أهلية الشخص إلى قسمين :

١-عوارض تعدم الأهلية .

٢-عوارض تنقص الأهلية فقط ولا تعدمها .

أما العوارض التى تعدم الأهلية فهى الجنون ، والعته ، والعوارض التى

تنقص الأهلية هى السفه ، والغفلة [1] . ونوضح ذلك فيما يلى :

١- الجنون والعته :

الجنون : مرض عقلى يصيب الشخص فيعدمه الإدراك والتمييز [2] .

والعته : هو اختلال العقل ، ونقصانه بما يجعل الشخص قليل الفهم ، فاسد التدبير ، مختلط الكلام .

والجنون والعته فى القانون المصرى يؤديان إلى فقدان التمييز . فقد نصت (م٤٥ من القانون المدنى) على أنه " لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر فى السن أو عته أو جنون " .

بالنسبة لتصرفات المجنون أو المعتوه ، فقد فرق المشرع بين مرحلتين: المرحلة السابقة على تسجيل قرار الحجر الذى تصدره المحكمة ، والمرحلة اللاحقة على تسجيل قرار الحجر .

فإذا صدر من المجنون أو المعتوه تصرف قبل تسجيل قرار الحجر فإن هذا التصرف يقع صحيحا ، رغم انعدام الإرادة أو التمييز، وقد خرج المشروع هنا على قاعدة أن مناط أهلية الأداء هو التمييز لاعتبارات أخرى أهمها حماية

---

(١) وقد نصت م١١٣ من القانون المدنى على أن " المجنون والمعتوه وذو الغفلة والسفيه تحجر عليهم المحكمة ، وترفع الحجر عليهم وفقا للقواعد والإجراءات المقررة فى القانون " .

(٢) يفرق فقهاء الشريعة الإسلامية بين الجنون المطبق الذى لا تتخلله قدرات إفاقة ، وبين الجنون المتقطع الذى تتخلله فترات إفاقة فتبطل كل تصرفات الأول وتصح تصرفات الثانى إذا كانت أثناء فترة الإفاقة . راجع فى ذلك : أحمد شوقى عبدالرحمن ، المرجع السابق ، ص١٩٧ .

الطرف الآخر الذى تعاقد مع المجنون أو المعتوه ، إذا كان هذا الطرف حسن النية لا يعلم بحالة الجنون أو العته .

فإذا كان الطرف الآخر سيئ النية يعلم بحالة الجنون أو العته ، أو كانت حالة الجنون أو العته شائعة بين الناس وقت التعاقد ، يكون التصرف فى هذه الحالة باطلا بطلانا مطلقا .

أما إذا صدر من المجنون أو المعتوه تصرف بعد تسجيل قرار الحجر ، فإن هذا التصرف يكون باطلا بطلانا مطلقا ، أيا كان التصرف ، أى سواء كان نافعا نفعا محضا أو ضارا ضررا محضا أو يدور بين النفع والضرر . ويظل الأمر كذلك حتى يرفع الحجر عن المجنون أو المعتوه .

وهذه الأحكام قد قررتها (م١١٤ من القانون المدنى) بقولها :

١-يقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر .

٢-أما إذا كان التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينة منها .

السفه والغفلة :

السفيه ، من يبدد ثروته بصورة منافية لمقتضيات العقل والمنطق ، ومن يبذر وينفق المال بشكل مبالغ فيه وخارج على المألوف يقال له " سفيه ".

أما ذو الغفلة فهو لا يحسن التمييز بين الرابح والخاسر من التصرفات ، فيخضع دائما للخداع ، والغبن .

ولذا كان السفيه ، وذى الغفلة فى حاجة إلى حماية القانون . وعليه يعتبر المشرع المصرى أن السفيه وذو الغفلة فى حكم الصغير . ناقص الأهلية ، وكما هو الحال بالنسبة لتصرفات المجنون ، والمعتوه ، يتعين التفرقة فى تصرفات السفيه والمغفل بين مرحلتين هما التصرفات الصادرة قبل تسجيل قرار الحجر ، وما صدر منها بعد تسجيل قرار الحجر .

أ- صدور التصرفات قبل تسجيل قرار الحجر :

قرر المشرع صحة تصرفات السفيه أو ذى الغفلة التى تتم قبل تسجيل قرار الحجر وذلك حرصا من المشرع على استقرار المعاملات ، وعدم مفاجأة المتعاقد الآخر .

وعلى العكس من ذلك ، إذا قصد من تعامل مع السفيه أو ذى الغفلة استغلال حالته لكى يحصل على فائدة من وراء العقد ، أو أنه تعامل بقصد التحايل على القانون وهو يعلم أنه سيحجر عليه فى القريب ، فإن هذه التصرفات، تأخذ حكم التصرفات التى تتم بعد تسجيل قرار الحجر .

ب- صدور التصرفات بعد تسجيل قرار الحجر :

هذه التصرفات يسرى عليها أحكام تصرفات الصبى ناقص التمييز ومعنى ذلك أن هذه التصرفات تكون صحيحة إذا كانت نافعة نفعا محضا وتكون باطلة إذا كانت ضارة ضررا محضا .

وتكون قابلة للإبطال لمصلحة السفيه ، أو المغفل، إذا كانت دائـــرة بيـــن النفع والضرر.

وقد خرج المشرع على هذه القاعدة في حالتين هما :

- فقد أجاز للسفيه أو ذى الغفلة التصرف فى أموالهما عن طريق الوقف والوصية ، ويقع التصرف بالوقت أو الوصية صحيحا متـــى أذنـــت المحكمة بذلك حتى ولو كان التصرف قد تم بعـــد تســـجيل قـــرار الحجر .

- كما أجاز القانون للسفيه ولذى الغفلة المحجور عليهما مباشرة أعمـــال الإدارة ، متى أذنت المحكمة لهما فى تسلم كل أو بعـــض أموالـــهما لإدارتها ، وتسرى على هذه الحالة الأحكام الخاصة بالقاصر المأذون له بالإدارة ، البالغ ١٨ سنة فيما عرضنا له آنفا.

المحور الثالث : موانع الأهلية

إذا بلغ الشخص سن الرشد (أى ٢١ سنة ميلادية كاملة) ، ولـــم يســـبق الحجر عليه لعارض من عوارض الأهلية التى أشرنا إليـــها فـــهو إذن كـــامل الأهلية .

وبرغم اكتمال الأهلية . فقد تحدث ظروف يترتب على أثرها عدم تمكـــن هـــذا الشخص من مباشـــرة التصرفات القانونيـــة ، أو عـــدم تمكينـــه مـــن مباشرتها منفردا .

لذلك يجعل القانون لمثل هذا الشخص نائبا يقوم عنه بمباشرة هذه التصرفات أو يقوم إلى جواره بمباشرتها .

هذه الظروف قد تكون طبيعية ، وقد تكون مادية ، وقد يترتب عليها منع الشخص كليا ، أو جزئيا عن مباشرة التصرفات القانونية ، وتسمى موانع الأهلية.

الفارق إذن بين موانع الأهلية ، وعوارض الأهلية أن الأولى يكون فيها الشخص كامل الإرادة ، والتمييز ، ومع ذلك فهو لا يستطيع مباشرة التصرفات القانونية أو لا يستطيع ممارستها منفردا ، لذلك فهو لا يستطيع مباشرة التصرفات القانونية أو لا يستطيع ممارستها منفردا لذلك يتدخل القانون لتعيين شخص آخر يباشر عنه هذه التصرفات أو يقوم إلى جانبه بمباشرتها .

أما فى عوارض فإن الشخص لا يستطيع مباشرة التصرفات القانونية نظرا لانعدام أو لنقص الإرادة ، والتمييز. فإذا كانت موانع الأهلية لا شأن لها بالإرادة، والتمييز فإن عوارض الأهلية تتعلق مباشرة بالإرادة ، والتمييز .

وموانع الأهلية يمكن تقسيمها إلى :

- مانع مادى ، وهو الغيبة [1].
- مانع قانونى ، وهو الحكم بعقوبة جنائية [2].

---

(١) انظر (م٧٤،٧٥) من قانون الولاية على المال .
(٢) (م٢٥ رابعا) ، من قانون العقوبات .

- وأخيرا مانع طبيعى ، وهو العاهة المزدوجة أو العجز الجسمانى الشديد(١) .

١- المانع المادى (الغيبة) :

تنص م٧٤ من قانون الولاية على المال على أن " المحكمة تقيم وكيلا عن الغائب كامل الأهلية(٢) إذا انقضت مدة سنة أو أكثر على غيابه ، وترتب على ذلك تعطيل مصالحه وذلك فى الأحوال الآتية :

- إذا كان مفقودا لا تعرف حياته من مماته .
- إذا لم يكن له محل إقامة ، ولا موطن معلوم أو كان له محل إقامة أو موطن معروف خارج البلاد ، واستحال عليه أن يتولى شئونه بنفسه أو أن يشرف على من ينيبه فى إدارتها .
- فالغيبة التى يتحقق معها مانع الأهلية قد تكون غيبة يعتبر فيها الشخص فى حكم المفقود الذى لا تعرف حياته من مماته .
- وقد تكون غيبة لا يتحقق معها تطبيق أحكام المفقود . لأن حياة الغائب فيها مؤكدة ، وتعد مع ذلك مانعا من موانع الأهلية ، إذا

---

(١) (م١١٧ مدنى).

(٢) والواقع أن الغيبة التى يتحقق معها مانع الأهلية لا يمكن تصورها إلا إذا كان الغائب كامل الأهلية لأنه لو كان عديم أو ناقص الأهلية لكانت الولاية على ماله ثابتى ، للولى، أو الوصى أو القيم - كما سنرى - . راجع فى ذلك : حسن كيره ، المرجع السابق ، ص٥٩٢ ، الحاشية ؛ راجع أيضا : سليمان مرقس ، المدخل للعلوم القانونية، ط١٩٦٧ ، ص٣٣٤ ، بند ٢٢٠ .

استحال على الغائب مباشرة التصرفات القانونية ، أو الإشراف على من أنابه فى إدارتها .

وإقامة وكيل عن الغائب عن طريق المحكمة يتقيد بالاعتبارات الآتية :

- أن تكون قد انقضت مدة سنة أو أكثر على غيابه .
- أن يترتب على الغيبة تعطيل مصالح الغائب كأن يكون قد ترك أموالا عقارية أو منقولات فى حاجة إلى من يديرها أو يشرف عليها واستحال على الغائب ذلك بنفسه أو استحال عليه أن يشرف على من يتولى إدارتها نيابة عنه .

وإذا عاد الغائب ، أو لم يعد لكنه استطاع بوسيلة ما أن يتولى شئونه بنفسه أو أن يشرف على من يدير شئونه فإن مانع الأهلية يزول ، وتزول آثاره .

كذلك تنتهى الغيبة إذا مات الغائب موتا حقيقيا ، أو حكميا - حالة المفقود م٧٦ من قانون الولاية على المال [١].

٢- المانع الطبيعى " العاهة المزدوجة، أو العجز الجسمانى الشديد[٢] .

قد يكون الشخص مصابا بعاهة مزدوجة كأن يكون أصم أعمى، أو أعمى

---

(١) هذا وقد نصت (م٧٥) على أنه " إذا ترك الغائب وكيلا عاما ، تحكم المحكمة بتثبيته متى توافرت فيه الشروط الواجب توافرها فى الوصى ، وإلا عينت غيره " .

(٢) فى المانع الطبيعى ، انظر م١١٧ مدنى ، م٧ من قانون الولاية على المال .

أبكم ، أو أصم أبكم ، بحيث يتعذر على هذا الشخص أن يحيط بظروف التعامل ، أو قد يكون في قدرته مباشرة التصرفات القانونية ، ولكن يخشى عليه من الانفراد بالتصرف ، لعجز جسماني شديد ، كالشلل مثلا ، أو الضعف الشديد.

وفي حالتي العاهة المزدوجة ، أو العجز الجسماني الشديد يجيز القانون إقامة مساعد قضائي يكون بمثابة عون له في إجراء التصرفات القانونية .

على أنه ينبغي أن يكون واضحا أن صاحب العاهة المزدوجة أو العجز الجسماني الشديد هو شخص كامل الأهلية ، وإنما أجاز القانون إقامة المساعد القضائي لكي يحيطه علما بظروف التعامل، والتعبير عن إرادته بصورة ظاهرة.

ولذلك نصت م١١٧/١ مدني على أنه " إذا كان الشخص أصم أبكم ، أو أعمى أصم ، أو أعمى أبكم وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته[1] جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضي مصلحته فيها ذلك " .

كما نصت م٢/٧ من قانون الولاية على المال أنه " يجوز للمحكمة تعيين مساعد قضائي إذا كان يخشى من انفراد الشخص مباشرة التصرف في ماله بسبب عجز جسماني شديد " .

---

(١) وطرق التعبير عن الإرادة هي القول ، والكتابة ، والإشارة المتداولة عرفا أو باتخاذ موقف لا يدع مجالا للشك في دلالته على حقيقة المقصود .

من هذه النصوص ، نرى أن مجـــرد العاهـــة المزدوجـــة ، أو العجـــز الجسمانى الشديد لا يكفى وحده لجواز إقامة المساعد القضائى ، وإنما يلـزم أن يتعذر على الشخص فعلا التعبير عن إرادته أو يخشى عليه من الانفراد بـــهذا التعبير . وبالتالى ففى الحالات التى يتوافر فيها عاهــــة مزدوجـــة أو عجـــز جسمانى شديد ولكن يظل فيها الشخص محيطا بظـــروف التعـــامل ، معـــبرا بوضوح عن إرادته ، فلا حاجة لتعيين مساعد قضائى ، وفى كل الحالات فـإن المبرر لتعيين المساعد القضائى متروك لقضاة الموضوع ، على أن المحكمـــة لا تقرر المساعدة القضائية فى كل التصرفات ، وإنما يكون ذلك فقـــط فـــى التصرفـــات التى تقتضى مصلحة الشخص تقريـــر المساعدة القضائية (1).

وقد حدد قانون الولاية على المال (م٣٩) هذه التصرفات بأنها التصرفـــات التى لا يجوز مباشرتها للوصى إلا بإذن من المحكمة .

ونخلص من ذلك أن المحكمة وهى بصدد تعيين المساعد القضائى عليـــها أن تراعى الاعتبارات التالية :

- أن يكون الشخص مصابا بعاهة مزدوجة أو عجز جسمانى شديد .
- أن تؤدى العاهة أو العجز إلى تعذر قيام الشخص بالتعبير الواضـــح عن إرادته .
- أن يتعلق الأمر بتصرف من التصرفات المنصوص عليـــها قانونـــا (م ٣٩).

---

(1) انظر فى هذا المعنى : حسن كيره ، المرجع السابق ، ص٥٩٤ .

وإذا توافرت هذه الاعتبارات فإن المحكمة تعين للشخص مساعدا قضائيا يعينه على مباشرة التصرفات القانونية .

ولكن السؤال الذى يثور ، ما هو أثر الحكم بتقرير المساعدة القضائية ؟.

نحن نقرر بداية ، أن المساعد القضائى ، على عكس الولى أو الوصى لا يباشر منفردا تصرفات ذى العاهة أو العاجز بالنيابة عنه وإنما يباشر هذه التصرفات بالتعاون والاشتراك معه . وبعبارة أخرى ، فالمساعد القضائى لا ينوب عنه بل يتعاون معه .

وبذا تختلف المساعدة القضائية تختلف إذن عن النيابة القانونية والقضائية ، ذلك أن المساعد القضائى لا يباشر التصرفات نيابة عن ذى العاهة أو العاجز بل يباشرها بالاشتراك والتعاون معه .

أما فيما يتعلق بالتصرفات التى يباشرها المساعد القضائى بصورة منفردة فإنها لا تكون نافذة فى حق من تقررت له المساعدة وانفراد من تقررت له المساعدة القضائية بمباشرة التصرفات القانونية يجعل التصرف قابلا للإبطال لمصلحة الغير إذا وقع التصرف بعد تسجيل طلب أو إقرار المساعدة القضائية .

فإذا وقع التصرف قبل تسجيل طلب أو قرار المساعدة القضائية ، فإنه لا يكون قابلا للإبطال إلا إذا كان المتعاقد مع ذى العاهة أو العاجز عجزا شديدا سئ النية [1].

---

(1) م١١٧/٢ مدنى . وانظر أيضا م١٠٢٨ مرافعات .

ومع ذلك يجوز للمحكمة أن تأذن للمساعد القضائى أن يباشر على انفراد التصرفات القانونية إذا امتنع الطرف الآخر عن مباشرتها وترتب على ذلك أن أصبحت أمواله فى خطر [1].

فإذا امتنع المساعد القضائى عن الاشتراك أو المساعدة فى مباشرة التصرف ، يجوز رفع الأمر للمحكمة التى لها أن تأمر بتعيين شخص آخر .

المانع القانونى – الحكم بعقوبة جناية [2].

نصت م٢٥ من قانون العقوبات على أن كل " من حكم عليه بعقوبة جنائية لا يجوز له أن يتولى إدارة أمواله مدة اعتقاله ، ولا يجوز للمحكوم عليه بعقوبة جناية مباشرة أعمال التصرف إلا بناء على إذن المحكمة ".

وهكذا فإن كل حكم بعقوبة جناية يستلزم حتما حرمان المحكوم عليه مدة اعتقاله من مباشرة إدارة الأعمال الخاصة بأملاكه ، وأمواله . ويجوز للمحكوم عليه أن يعين قيم ، تقره المحكمة المدنية التابع لها محل إقامته ليقوم بمباشرة هذه الأعمال عنه .

ويجوز للمحكمة أن تعين له قيما بناء على طلب النيابة العامة أو ذى مصلحة فى ذلك .

---

(١) م٧١ من قانون الولاية على المال .

(٢) عرفت م١٠ من قانون العقوبات الجنايات بأنها الجرائم المعاقب عليها بالإعدام ، والأشغال الشاقة المؤبدة ، أو الأشغال الشاقة المؤقتة ، أو السجن (انظر فى تفصيل ذلك : عبد العظيم مرسى وزير، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، ١٩٨٩ ، ص ١١٦ وما بعدها) .

وفيما يتعلق بأعمال التصرف ، تغل يد المحكوم عليه عن مباشـــرتها إلا بناء على إذن المحكمة المدنية المختصة ، وإلا اعتبر التصرف باطلا بطلانـــا مطلقا .

فالحكم بعقوبة جناية ، يمنع إذن من مباشرة أعمال الإدارة ، والتصـــرف إلا بإذن المحكمة . والفارق بين أعمال الإدارة ، والتصرف فى هذا الشـــأن ، أو الأولى يجوز فيها للمحكوم عليه أن يختار قيم ، لمباشرتها. والثانية ، تبقـــى للمحكوم عليه ولكن لابد من الحصول على إذن المحكمة وإلا كـــانت باطلـــة بطلانا مطلقا .

أن هذا المانع الذى يستمد مصدره من نـــص م٢٥ عقوبـــات بفرضـــه المشرع كعقوبة تبعية فى الجنايات فقط . فلا يجوز فـــى عقوبـــة الجنـــح أو المخالفات [1].

والهدف من اعتبار الحكم بعقوبة جناية مانعا من موانـــع الأهليـــة هـــو حرمـــان المحكوم عليه من القدرة على الاستعانـــة بأمواله للتمكن من الـــهرب والنجاة من العقوبة أو التخفف من تنفيذها [2].

---

(١) والجنح : هى الجرائم المعاقب عليها بالحبس أو الغرامة التى يزيد أقصـــى مقدارهـــا على مائة جنيه (م١١ عقوبات) .

والمخالفات : هى الجرائم المعاقب عليها بالغرامة التى لا يزيد أقصى مقدارهـــا علـــى مائة جنيه (م١٢ عقوبات) .

(٢) انظر فى ذلك : د. حسن كيرة ، المرجع السابق ، ص .

المحور الرابع : أحكام الولاية على المال [1]

تمهيد وتقسيم :

رأينا فيما سبق ، أن أهلية الأداء هى قدرة الشخص على التعبير بنفسه عن إرادته تعبيرا منتجا آثاره القانونية لحسابه وفى ذمته . وذكرنا أن هناك أشخاصا عديمى ، وناقصى الأهلية سواء لصغر السن ، أو لعارض من عوارض الأهلية . كما أن هناك موانع للأهلية ، هذه الموانع قد تكون طبيعية أو قانونية أو مادية .

وفى عوارض الأهلية وموانعها تكون قدرة الأشخاص على مباشرة التصرفات القانونية منعدمة أو محدودة أو ممتنعة . لذلك يجعل القانون لغيرهم ولاية مباشرتها عنهم ، ولحسابهم بحيث تنصرف آثار التصرف إليهم مباشرة.

فالولاية هى قدرة أو سلطة لشخص فى مباشرة التصرفات القانونية باسم، ولحساب غيره من عديمى الأهلية ، أو من كاملى الأهلية الذين يقوم فى شأنهم مانع من موانع الأهلية .

الولاية إذن هى قدرة شخص على مباشرة التصرفات القانونية لحساب شخص آخر مع إنتاج كافة آثاره فى حق هذا الأخير .

والولاية تنقسم إلى قسمين : الولاية على النفس ، وهى تتعلق بشخص

---

(١) مصطلح الولاية على المال ، مأخوذ من فقه الشريعة الإسلامية . راجع فى ذلك : سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص٦٠٩ ، بند ٣١٨ وما بعدها ؛ راجع أيضا : حسن كيرة ، المرجع السابق ، ص٥٩٨

المولى عليه . ولا تدخل فى نطاق دراستنا .

والولاية على المال قد تتعلق بأموال للقصر ، أو على مـــــال المحجــور عليهم أو على مال ذوى المانع من موانع الأهلية .

وهذه المسائل نتناولها بالشرح فيما يلى :

أولا : الولاية على مال القصر

١- الولى : الولاية على مال عديمى أو ناقصى الأهلية تثبت إما للولـــى وإما للوصى على النحو الآتى بيانه :

الولى اصطلاح يطلق على الأب ، والجد الصحيــح، وهــو أبــو الأب . وبالنظر إلى المذهب الحنفى فى ترتيب الولاية على المال ، فإن هذه الولايـــة تثبت بداية للأب ، ثم الوصى المختار " الـــذى يختـــاره الأب " ، ثـــم للجــد الصحيح أى لأبى الأب ، وأخيرا تثبت لمن تعينه المحكمة من الأوصياء [1] .

هذا وقد نصت (م١ من قانون الولاية على المال) بأن " للأب ، ثم للجــد الصحيح إذا لم يكن الأب اختار وصيا ، الولاية على مال القـــاصر ، وعليــه القيام بها ، ولا يجوز له أن يتنحى عنها إلا بإذن المحكمة " .

كما نصت (م٢٩) على أنه" إذا لم يكن للقاصر، أو الحمل المستكن وصى

(١) الوصى الذى يختاره الأب يسمى " الوصى المختار " وهو يقع فى المرتبة الثانية فـــى ترتيب الأولياء . أما الوصى الذى تعينه المحكمة ، ويقع فى المرتبة الأخيرة فيســمى " الوصى المعين".راجع فى ذلك:سليمان مرقس، المرجع السابق ، ص٦١٠ وما بعدها . ونحن نتكلم فقط عن الولاية بمعناها الضيق " أى ولاية الأب ، والجد الصحيح " .

مختار ، تعين المحكمة وصيا " .

وقد نصت (م٢ من قانون الولاية على المال) على أنه " لا يجوز للولى مباشرة حق من حقوق الولاية إلا إذا توافرت له الأهلية اللازمة لمباشرة هذا الحق فيما يتعلق بماله هو " . ونرى أن هذا النص فضله ، وزائده ، لا فائدة منها . فنظام الولاية على المال قام فى الأصل ليسمح بقيام أشخاص ينوبون عن ناقصى وعديمى الأهلية ومن فى حكمهم فى مباشرة التصرفات القانونية . ومن البديهى أن يكون هؤلاء الأشخاص كاملى الأهلية فيما يباشرونه نيابة عن غيرهم .

والأصل أن الولاية للأب أو الجد الصحيح على أموال القاصر . ومع هذا فقد استثنى المشرع من ذلك ما يتبرع به للقاصر من أموال ، إذا اشترط المتبرع إخراج هذه الأموال من ولاية الولى .وعندئذ تقيم المحكمة وصيا خاصا للولاية على هذا المال وإدارته [1].

وتنحصر وظيفة الولى فى رعاية أموال القاصر ، وإدارتها والتصرف فيها على النحو المحدد قانونا .

فإذا كان التصرف نافعا نفعا محضا للقاصر ، فإن للولى سلطة مباشرة هذه التصرفات . ولكن لا يجوز له قبول هبة أو وصية للصغير محملة بالتزامات معينة إلا بإذن المحكمة (م١٢ من قانون الولاية على المال) .

أما التصرفات الضارة ضررا محضا فلا يجوز للولى مباشرتها ،

---

(١) م ٣١ /د من قانون الولاية على المال .

ويتساوى فى ذلك الأب مع الجد الصحيح .

وفيما يتعلق بالتصرفات التى تدور بين النفع والضرر ، فـــإن أحكامـــها تتلخص فيما يلى :

ما يتعلـــق بأعمـــال الإدارى . يتساوى الأب والجـــد الصحيح فى سلطة مباشرتها . ومع ذلك لا يجوز لأى منهما بغير إذن المحكمـــة تـــأجير عقـــار القاصر لمدة إلى ما بعد بلوغه سن الرشد بسنة [1]. ولا الاستمرار فى تجـــارة آلت إلى القاصر إلا بإذن المحكمة ، وفى حدود هذا الإذن [2].

وفيما يتعلق بأعمال التصـــرف ، فيختلـــف بصددهـــا الأب عـــن الجـــد الصحيح، حيث أن سلطات الأول أوسع نطاقا ، إذ يكون له ولايـــة التصـــرف فى أموال القاصر . ولا يستثنى من ذلك إلا بعض أعمال التصـــرف الهامـــة المحددة على سبيل الحصر.وهى التصرف فى العقار ، أو المحل التجـــارى ، أو الأوراق المالية التى تزيد قيمتها على ٣٠٠ جنيه .. إلخ .

أما الجد ، فهو على خلاف الأب . وليست له ولاية التصرف فى أمـــوال القاصر إلا بإذن المحكمة [3].

والمشرع فى ذلك يمنح الأب ثقة ، وسلطات أكبر من الجد . وهـــو فـــى هذا يفترض أن الأب أكثر شفقة على الصغير ، ويؤكد هذا النظر ما يلى :

---

(١) م١٠ من قانون الولاية على المال

(٢) م١١ من قانون الولاية على المال .

(٣) م١٥ من قانون الولاية على المال .

أن المشرع يجيز للأب وحده استثناءا دون الجد " أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء أكان ذلك لحسابه هو أو لحساب شخص آخر ، إلا إذا نص القانون على غير ذلك (م١٤ من قانون الولاية على المال) .

أن المشرع قد نص على أن الأب لا يسأل فى مباشرة أعمال الولاية إلا عن خطئه الجسيم . بعكس الجد الذى يسأل مسئولية الوصى ، أى حتى ولو ارتكب خطأ يسيرا .

والخلاصة : أن سلطات الأب أوسع نطاقا من سلطات الجد الصحيح فى أعمال الولاية على المال . وأن نطاق التصرفات التى يحتاج فيها إذن المحكمة أضيق من الجد الصحيح . كما أن مسئولية هذا الأخير أشد جسامة من مسئولية الأب .

وقف الولاية ، وسلبها ، وانقضاؤها :

الواقع أن الولاية تستمر ما دام المولى عليه قاصرا ، بل أنها تستمر إلى ما بعد بلوغ الصغير سن الرشد إذا حكمت المحكمة باستمرار الولاية عليه " لعارض من عوارض الأهلية " .

وتنتهى الولاية بوفاة القائم بها أو ببلوغ الصغير من الرشد رشيدا .

ويجوز للمحكمة أن تحكم بسلب الولاية الكامل،أو بالحد منها إذا أصبحت أموال القاصر فى خطر بسبب سوء تصرف الولى أو لأسباب أخرى [1].

---

(١) م١٨ من قانون الولاية على المال .

وتحكم المحكمة بوقف الولاية إذا اعتبر الولى غائبا أو اعتقل ، تنفيذا لحكم بعقوبة جناية أو بالحبس مدة تزيد على سنة [1].

٢- ولاية الوصى

الوصى هو كل شخص غير الأب أو الجد تثبت له الولاية على مال الصغير القاصر سواء فى ذلك الوصى المختار أو الوصى بالتعيين .

وقد علمنا سابقا ، أن الوصى المختار " أى الذى يختاره الأب " يأتى فى ترتيب الولاية فى الأسبقية عن الجد الصحيح . فإذا لم يكن الأب قد اختار وصيا فإن الولاية تؤول إلى الجد ، فإن لم يوجد ، تكون الولاية لم تعينه المحكمة وصيا .

وإذا كان الولى تثبت له الولاية بقوة القانون ، فإن الوصى لا تثبت له الولاية إلا بقرار تعيين من المحكمة .

أما الوصى المختار ، الذى يوصى به الأب لابنه القاصر أو حتى للحمل المستكن ، فيشترط أن يثبت الاختيار بورقة رسمية أو عرفية مصدق على توقيع الأب فيها ، أو مكتوبة بخطه ، وموقعة بإمضائه ، ويجوز للأب فى أى وقت أن يعدل عن اختياره[2].

---

(١) م٢١ من قانون الولاية على المال .

(٢) راجع نص . م٢٨ من قانون الولاية على المال ، فى فقرتيها الثانية والثالثة . انظر : حسن كيره ، المرجع السابق ، ص٦٠٤ ؛ وانظر : الشيخ عبد الوهاب خلاف ، أحكام الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية ، خاصة ص٢٦٨ وما بعدها .

والوصى ، كالولى ، له ولاية عامة على كل أموال القاصر ، ومع ذلـــك يمكن للمحكمة أن تقيم إلى جوار الولى أو الوصى العام ، وصيا خاصا علـــى بعض أموال القاصر بالذات . حيث تستلزم الضرورة ذلك . ومن الضـــوورات على سبيل المثال :

- أن يكون القاصر طرفا فى خصومة ، حينئذ يتم تعيين وصى خصومـة خاص . ويتم ذلك تأكيد لرعاية مصلحة القاصر ، وحماية له من الغبن . علـى أنه ينبغى أن يكون واضحا أو ولاية الوصى الخاص مؤقتة تنتهى بانتهاء حالـة الضرورة التى اقتضت تعيينه .

والسؤال الذى يثور،ما هى واجبات الوصى، مقارنا بواجبـات وسـلطات الولى ؟

الواقع أن هذا هو موضوع البحث التالى :

واجبات ، وسلطات الوصى :

أولى واجبات الوصى هو تسلم أمـــوال القـاصر ، وقيامــه برعايتـــها وحمايتها . وعلى الوصى أن يبذل فى ذلك العناية التى يبذلها الرجل المعتـاد . وإلا كان مقصرا فى أعمال الوصاية .

وعلى الوصى أن يعرض على المحكمة ، وفى الوقت الملائم ، ما يرفـــع على القاصر، وعلى أمواله ، من دعاوى ، وما يتخذ قبله من إجراءات التنفيذ، وأن يتبع فى شأنها ما تأمر به المحكمة [1].

---

(١) م٤٢ من قانون الولاية على المال .

وإذا كانت أموال القاصر تزيد على خمسمائة جنيه ، فعليه تقديم حساب سنوى قبل أول يناير مؤيدا بالمستندات عن إدارته لها . وعليه هذا الواجب حتى ولو كانت أموال القاصر أقل من خمسمائة جنيه إذا طلبت المحكمة ذلك.

وأخيرا يجوز للمحكمة أن تلزم الوصى بتقديم تأمينات بالقيمة التى تراها ضمانا لأموال القاصر وهى تحت يد الوصى [1] .

وفيما يتعلق بسلطات الوصى. فهى بداية أضيق نطاقا من سلطات الولى. وتفصيلا لذلك نقول :

أن الوصى يتساوى مع الأب ، والجد فى شأن التصرفات النافعة نفعا محضا ، والضارة ضررا محضا .

ولكن الوصى يختلف عن الولى ، الأب والجد ، فيما يتعلق بالتصرفات التى تدور بين النفع والضرر . فهو كمبدأ عام لا يملك مباشرة هذه التصرفات سواء ما تعلق منها بأعمال الإدارة أو أعمال التصرف إلا بإذن المحكمة [2].

---

(١) م٣٧.

(٢) وقد ذكرت م٣٩ من قانون الولاية على المال : أن التصرفات التى لا يجوز للوصى مباشرتها إلا بإذن المحكمة ومنها :

١-جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية ، أو نقله ، أو تغييره أو زواله ، وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من الحقوق المذكورة .

٢-التصرف فى المنقولات أو الحقوق الشخصية أو الأوراق المالية ، فيما عدا ما يدخل فى أعمال الإدارة .

٣- الصلح والتحكيم ، إلا فيما قل عن مائة جنيه مما يتصل بأعمال الإدارة .

٤-حوالة الحقوق والديون وقبول الحوالة .

٥- استثمار الأموال وتصفيتها .

٦- اقتراض المال وإقراضه .. إلخ .

ومع ذلك يجوز له - استثناءا - مباشرة بعض أعمال الإدارة ضئيلة القيمة دون إذن المحكمة ، ومنها مثلا، إيجار عقار للقاصر لمدة تقل عن ثلاث سنوات، الصلح والتحكيم فيما يقل عن مائة جنيه .. إلخ .

ومن خلال عرضنا لواجبات وسلطات الوصى ، نرى أن القانون قد أخضعه لرقابة دقيقة من جانب المحكمة ، بل أن القانون فى سبيل إحكام الرقابة على الوصى . جعل للمحكمة سلطة تعيين مشرف يراقب الوصى فى أداء واجباته .

والمشرف شخص تعينه المحكمة إلى جانب الوصى " المختار أو المعين " وكذلك إلى جانب القيم ، والوكيل عن الغائب فى إدارة شئون القاصر، أو المحجور عليه أو الغائب (م٨٠) .

ويراقب المشرف - الموصى- وعليه إبلاغ المحكمة أو النيابة عن كل أمر تقضى المصلحة رفعه إليهما .

انتهاء الوصاية :

تنتهى الوصاية العامة بانتهاء سبب قيامها أى ببلوغ القاصر الخاضع لها سن الرشد رشيدا .

أما الوصاية الخاصة ، فهى مؤقتة تنتهى بانتهاء العمل المخول إلى الوصى الخاص أو بانتهاء المدة المحددة لها .

كما تنتهى الوصاية بصورة طبيعية بموت القاصر .

ومع ذلك قد تنتهى الوصاية بصورة غير طبيعية باستقالة الوصى وقبولها. أو عزله بقرار من المحكمة إذا تبين عدم صلاحيته أو أساء إدارة الأموال تحت يده [1] أو أصبح خطرا على القاصر وأمواله . كما تنتهى الوصاية بقيام عارض من العوارض التى تعدم أهلية الوصي أو تنتقص منها.

فإذا انتهت الوصاية لأى من الأسباب السابقة ، فيجب على الوصى فى خلال الثلاثين يوما التالية لانتهائها أن يسلم الأموال التى فى عهدته بمحضر رسمى . وأن يودع قلم الكتاب صورة من الحساب ، ومحضر تسليم الأموال .

ثانيا : **الولاية على مال المحجور عليهم**

تنص م ١١٣ مدنى على أن " المجنون ، والمعتوه ، وذو الغفلة والسفيه تحجر عليهم المحكمة ، وترفع الحجر عنهم وفقا للقواعد ، والإجراءات المقررة في القانون " .

وتطبيقا لهذا النص يقرر قانون الولاية على المال أن المحكمة عليها أن تقيم على من يحجر عليه قيما لإدارة أمواله (م٦٠).

والقيم هو الشخص الذى تعينه المحكمة لتولى شئون من تحجر عليه بعد بلوغه لعارض من عوارض الأهلية .

والقيم كالوصى ، له سلطة مباشرة الأعمال نيابة عن المحجور عليه ولا

---

(١) راجع م٤٩ من قانون الولاية على المال ؛ وراجع أيضا : نص م٤٧ ؛ انظر سليمان مرقص ، المرجع السابق ، ص٦١٥ .

يجوز له التبرع بماله إلا أن يكون ذلك أداء لواجب إنسانى أو عائلى [1].

ويتقيد فى التصرفات التي تدور بين النفع والضرر بما يتقيد به الوصـــى من ضرورة الحصول على إذن المحكمة .

فالقيم يخضع لنفس ما يخضع له الوصى من قواعد فيما يتعلق بواجباته ، وسلطاته ، والرقابة عليه وانتهاء ولايته [2]، ولا نرى ما يدعو إلى تكرار هـذه المسائل [3].

ثالثا : الولاية على مال ذوى موانع الأهلية :

وموانع الأهلية – كما ذكرنا – هى الغيبة ، والعاهة المزدوجة ، والعجز، والحكم بعقوبة جنائية .

وقد نظم المشرع بنصوص صريحة من يقوم بالولاية على مال هـــؤلاء الأشخاص وهم الوكيل عن الغائب ، القيم على المحجور عليـــه ، والمســاعد القضائى وقد سبق بيان هذه المسائل .

---

(١) م٧٨ من قانون الولاية على المال .

(٢) ويكون ترتيب أصحاب الحق فى القوامة على النحو التالى : الابن البالغ ، ثـــم الأب ، ثم الجد ، ثم لمن تختاره المحكمة (م٦٨ من قانون الولاية على المال).

(٣) وعلى عكس الوصى فإنه لا يحول الحكم بإفلاس الابن أو الأب أو الجد أو الحكم عليـه فى جريمة من الجرائم المخلة بالآداب أو الشرف ، دون تعيينه فيما إذا رأت المحكمـة ذلك (م٦٩).

المبحث الثانى

الشخص الاعتبارى

تمهيد وتقسيم :

إن التطور الذى مرت به الحضارة المعاصرة تحتم الاعتراف بالشخصية القانونية لغير الإنسان . فهناك العديد من الأعمال الضخمة والمشروعات الصناعية أو التجارية الكبرى يعجز مجهود الفرد وحده عن القيام بها . كما أن حياة الإنسان القصيرة لا تكفى لتحقيق أهدافه لذا كان حتميا تجميع جهود الأفراد فى جماعات، وضم رؤوس الأموال إلى بعضها فى صورة جمعيات ، مؤسسات ، أو شركات . لا يعترف لها بالشخصية القانونية بصفة مستقلة عن شخصية الأفراد المكونين لها . وبالتالى فانقضاء حياة كل أو بعض هؤلاء الأفراد لا يؤثر على الشخصية القانونية المعترف بها للشخص الاعتبارى نفسه .

وهذا يتحقق أيضا فى تخصيص أموال معينة لأغراض معينة فقد يرى أحد الصالحين ضرورة إنشاء مشروع خيرى ، ملجأ أو مستشفى فيخصص لهذا الغرض أموالا معينة يعترف لها بالشخصية القانونية والتى تستقل عن شخصية المؤسس لها . وتظل قائمة رغم انقضاء حياة مؤسسها . ومجموع الأموال فى هذه الحالة يطلق عليها مؤسسات فإذا قلنا أن للشخص الاعتبارى " جمعية – شركة – مؤسسة " شخصية مستقلة عن شخصية المكونين له يلزم

الاعتراف لهذا الشخص الاعتبارى بأهليـــة لاكتســـاب الحقـــوق ، والتحمـــل بالواجبات . ويكون له جنسية معينة ، واسم وموطن .

ومما تقدم نستطيع تعريف الشخص الاعتبـــارى بأنـــه مجموعـــة مـــن الأشخاص " جمعيات – شركات " أو الأموال المؤسسات التى تقـــوم لتحقيـــق هدف يستقل عن الأهداف الخاصة للأفراد المكونين لـــه ، ويمنحـــه القـــانون شخصية قانونية بالقدر اللازم لتحقيق هذه الأهداف .

ويتضح إذن أن الشخص الاعتبارى هو :

أ) مجموعة من الأشخاص ، أو الأموال تستقل فى حياة الأفراد المكونين لـــها كما هو الحال فى الجمعيات والشركات ويســـتثنى مـــن ذلـــك شـــركات الأشخاص ، والتى تقوم على اعتبارات شخصية وتندمج فيها حياة الشـــريك بحياة الشركة . وقد يكون الشخص الاعتبارى مجموعة من الأموال (كمـــا هو الحال فى تخصيص الأموال لمشـــروع خـــيرى) ، ويطلـــق عليـــها المؤسسات .

ب) الشخص الاعتبارى يقوم لتحقيق هدف معيـــن مســـتقل عـــن الأهـــداف الخاصة للمكونين لها . هذا الهدف قد يكون هدفا عاما . ويعـــد الشـــخص الاعتبارى فى هذه الحالة شخصا من أشخاص القانون العام . وقد يكـــون الهدف الذى يسعى إليه الشخص الاعتبارى خاصا . أى يحقـــق مصلحـــة خاصة لجماعة معينة . ويطلق عليه فى هذه الحالة شخصا من أشـــخاص القانون الخاص والهدف الخاص قد يكون هدفا ماديا أو تجاريا " الشركات

" وقد يكون هدفا إنسانيا " ملجأ ، مستشفى ".

ج) أن الشخص الاعتبارى يتمتع بالشخصية القانونية فى حدود الهدف القائم على تحقيقه فلا يجوز للمؤسسات القيام بالمضاربات ولا يجوز للجمعيات القيام بالنشاط التجارى ، وهكذا .

الخلاصة :

أن المشرع قد اعترف بوجود شخصية قانونية لغير الإنسان لاعتبارات عملية هامة . ومع ذلك فإن هذه الشخصية القانونية محددة بحدود الهدف من الشخص الاعتبارى نفسه وسوف نتكلم بداية فى نظرية الشخص الاعتبارى من حيث بدء الشخصية ونهايتها ومميزات الشخص الاعتبارى من حيث الاسم، والموطن ، والحالة ثم أهلية الأشخاص الاعتبارية .

نتكلم ثانيا فى أنواع الأشخاص الاعتبارية " جمعيات ، مؤسسات ".

المبحث الثانى

الشخص الاعتبارى

تمهيد وتقسيم :

إن التطور الذى مرت به الحضـــارة المعــاصرة اســتتبع بـــالضرورة الاعتراف بالشخصية القانونية لغير الإنسان . وتفسير ذلـــك أن العديــد مـــن الأعمال الضخمة والمشروعات الصناعية أو التجارية الكبرى يعجز مجــــهود الفرد وحده عن القيام بها . كما أن حياة الإنسان القصـــيرة لا تكفـــى لتحقيــق أهدافه .

لذا كان حتميا تجميع جهود الأفراد فى جماعات، وضم رؤوس الأمـــوال إلى بعضها فى صورة جمعيات ، مؤسســـات ، أو شـــركات . يعـــترف لـــها بالشخصية القانونية بصفة مستقلة عن شخصية الأفراد المكونين لها . وبالتـــالى فانقضاء حياة كل أو بعض هؤلاء الأفراد لا يؤثر على الشـــخصية القانونيـــة المعترف بها للشخص الاعتبارى نفسه .

وهو ما يتحقق أيضا فى تخصيص أموال معينة لأغراض معينة فقد يـرى أحد الصالحين ضرورة إنشاء مشروع خيرى ، ملجـــأ أو مستشـــفى مثـــلا ، فيخصص لهذا الغرض أموالا معينة يعترف لها بالشخصية القانونيـــة والتـــى تستقل عن شخصية المؤسس لها . وتظل قائمة رغم انقضاء حياة مؤسسها.

ومجموع الأموال في هذه الحالة يطلق عليها مؤسسات فإذا قلنا أن للشخص الاعتبارى " جمعية – شركة – مؤسسة " شخصية مستقلة عن شخصية المكونين له يلزم الاعتراف لهذا الشخص الاعتبارى بأهلية لاكتساب الحقوق ، والتحمل بالواجبات . ويكون له جنسية معينة ، واسم ، وموطن .

وبناء على ما تقدم نستطيع تعريف الشخص الاعتبارى بأنه مجموعة من الأشخاص " جمعيات – شركات " أو الأموال المؤسسات التى تقوم لتحقيق هدف يستقل عن الأهداف الخاصة للأفراد المكونين له ، ويمنحه القانون شخصية قانونية بالقدر اللازم لتحقيق هذه الأهداف وبعبارة أخرى يتكون الشخص الاعتبارى من :

أ) مجموعة من الأشخاص ، أو الأموال تستقل عن حياة الأفراد المكونين لها كما هو الحال فى الجمعيات والشركات ويستثنى من ذلك شركات الأشخاص ، التى تقوم على اعتبارات شخصية وتندمج فيها شخصية الشريك بشخصية الشركة . وقد يكون الشخص الاعتبارى مجموعة من الأموال كما هو الحال فى تخصيص الأموال لمشروع خيرى ، ويطلق عندئذ عليها المؤسسات .

ب) الشخص الاعتبارى يقوم لتحقيق هدف معين مستقل عن الأهداف الخاصة للأعضاء للمكونين لها . هذا الهدف قد يكون هدفا عاما ، ويعد الشخص الاعتبارى فى هذه الحالة شخصا من أشخاص القانون العام . وقد يكون الهدف الذى يسعى إليه الشخص الاعتبارى خاصا . أى يحقق

مصلحة خاصة لجماعة معينة ، ويطلق عليه فى هذه الحالة شخصا من أشخاص القانون الخاص .

والهدف الخاص قد يكون هدفا ماديا أو تجاريا " الشركات " وقد يكون هدفا إنسانيا " ملجأ ، مستشفى ".

ج) أن الشخص الاعتبارى يتمتع بالشخصية القانونية فى حدود الهدف القائم على تحقيقه فلا يجوز للمؤسسات القيام بالمضاربات ولا يجوز للجمعيات القيام بالنشاط التجارى ، وهكذا .

ومجمل ما تقدم إذن أن المشرع قد اعترف بوجود شخصية قانونية لغير الإنسان لاعتبارات عملية هامة . ومع ذلك فإن هذه الشخصية القانونية محددة بحدود الهدف من الشخص الاعتبارى نفسه .

وسوف نتناول بداية نظرية الشخص الاعتبارى،فى **مطلب أول** ، على أن نعرض لأنواع الأشخاص الاعتبارية " جمعيات ، مؤسسات "،**فى مطلب ثان** .

المطلب الأول

نظرية الشخص الاعتبارى

تقسيم :

توزع دراستنا فى نظرية الشخص الاعتبارى على المسائل الآتية :

- بدء الشخصية الاعتبارية ، ثم نهايتها .

- مميزات الشخص الاعتبارى .

- أهلية الشخص الاعتبارى .

أولا - بدء الشخصية الاعتبارية ونهايتها

١ - بدء الشخصية الاعتبارية :

نبادر إلى القول أن الشخصية الاعتبارية لا تبدأ إلا باعتراف القانون بـها. وحتى يعترف القانـون بوجود شخص اعتبارى معين ، يلزم توافر مجموعة من الشروط هى :

١-وجود عمل إرادى " عقد أو إرادة منفـردة " يقـوم بـه أشـخاص طبيعيون .

٢-أن يهدف هذا العمل الإرادى لتحقيق هدف مشروع وممكـن وهـذا الهدف كما قلنا قد يكون هدفا ماديا ، كما هو الحال فى الشـوكات أو هدفا إنسانيا مثل المؤسسات والجمعيات .

هذا الهدف يجب أن يكون مستقلا عن الأهـداف التـى يسـعى إليـها المكونين للشخص الاعتبارى .

٣- وأخيرا ، يلزم وجود شكل من أشكال التنظيم يكفـل تحقيـق هـذه الأهداف .

فإذا توافرت هذه الشروط كان الشخص الاعتبارى قائما من حيث الواقع

لا من حيث القانون .

وحتى يكون للشخص الاعتبارى شخصية قانونية يلزم تدخل السلطات المختصة لإقرار هذا الشخص الاعتبارى . إذ لا يكفى توافر الشروط السابقة لاكتساب الشخص الاعتبارى الشخصية القانونية ، بل يلزم تدخل المشرع لإضفاء الصفة الاعتبارية على التنظيم القائم . عن طريق " الاعتراف " وهذا الاعتراف قد يكون اعترافا عاما ، عندما تضع الدولة شروطا عامة إذا توافرت فى جماعات الأشخاص ، أو الأموال قامت لها الشخصية الاعتبارية بصورة تلقائية دون حاجة إلى تدخل لاحق من الدولة ويطلق البعض من الفقهاء على هذا النوع من الاعتراف " الاعتراف الغير مباشر " [1].

والاعتراف قد يكون خاصا ، وهو على عكس الاعتراف العام يلزم فيه تدخل الدولة والترخيص فى قيام كل شخص اعتبارى على حده فيما يسمى الاعتراف المباشر أو نظام الترخيص .

ومن أمثلة الاعتراف العام فى مصر – الاعتراف بالشخصية الاعتبارية للأشخاص المحلية مثل المحافظات ، والمدن ، والقرى .

ومن أمثلة الاعتراف الخاص فى مصر ، ما يتعلق بالمنشآت العامة [2].

---

(١) أنظر : توفيق فرج ، المرجع السابق ، ص ٧٥١ بند ٤٣٥.

(٢) أنظر : اسماعيل غانم، المرجع السابق ، ص ٢٢٨ . وانظر بصفة خاصة م ٥٢ من القانون المدنى المصرى وما ورد ذكره فى هذه المادة يعتبر شخصا اعتباريا استوفى الشروط اللازمة لتكوينه وما لم يرد ذكره لا يكتسب الشخصية القانونية إلا بالاعتراف الخاص .

٢- انتهاء الشخصية الاعتبارية :

سبق أن أوضحنا أن الاعتبارات العمليـــة تســتتبع بــالضرورة وجــود أشخاص اعتبارية مستقلة عن الشخصية القانونية للأفراد المكونين لها وتسـتمر فى ممارسة نشاطها حتى بعد انقضاء حياة هـــؤلاء الأفــراد وبالتــالى فــإن الشخص الاعتبارى يستمر فى العمل عادة مدة طويلة ، ومع ذلك فإن شأنه فى ذلك شأن الشخص الطبيعى يتعرض للانتهاء ، وتتمثل أسباب انقضاء الشخص الاعتبارى فيما يلى :

١-انتهاء الأجل أو المدة المحددة فى السند المنشئ للشخص الاعتبارى . فقـد يتحدد أجل معين ينتهى بانتهاء الشخص الاعتبارى .

٢-كما تنقضى الشخصية الاعتبارية بانقضاء الغرض الذى قامت من أجله .

٣-كما تنتهى الشخصية الاعتبارية بالحل الاختيارى بإرادة الأفراد المكونيــن له أو الإجبارى عن طريق القضاء.

٤-كما تنتهى الشخصية الاعتبارية لمخالفة شروط الترخيص أو الاعتراف .

وعلى أية حال فإن انتهاء الشخصية الاعتبارية يعنى تصفية ذمت الماليــة وتسدد ديونه من أمواله ويوزع الباقى وفقا للاتفاق أو وفقا لما يقضـــى بـــه قرار الحل .

ثانيا - مميزات الشخص الاعتبارى

الشخص الاعتــبارى يكون له بمجــرد إنشائه أهليــة اكتساب الحقوق ،

والتحمل بالالتزامات كما يكون له اسما معينا ، وموطن ، وحالة شأنه في ذلــك شأن الشخص الطبيعى إذا وضعنا فى الاعتبار الفرق فى التكوين ، والطبيعـــة لكل منهما .

وفيما يلى نتناول بإيجاز : الاسم ، ثم الموطن ، وأخيرا حالــة الشــخص الاعتبارى .

١ – الاسم :

الشخص الاعتبارى كالشخص الطبيعى يتميز باسم معين يميزه عن غيره من الأشخاص الاعتبارية . هذا الاسم عادة يشتق من الغرض ، أو الهدف من إنشاء الشخص الاعتبارى مثل شركة الغزل والنسيج ،أو جمعية البر والتقوى أو مستشفى المواساة .. الخ.

وقد يكون اسم الشخص الاعتبارى تجاريا ، وبالتالى يصبح التعامل فيه ، أو النزول عنه شأنه شأن الحقوق المالية كما هو الحال فى الشركات التجارية ، أما الجمعيات ، والمؤسسات فهى لا تسعى إلى أهــداف تجاريــة وبالتــالى لا يكون لها اسما تجاريا .

٢ – الموطن :

الشخص الاعتبارى له موطن مستقل عن موطن الأشخاص المكونين لـــه هذا الموطن يخاطب فيه الشخص الاعتبارى قانونا ، من حيث الدعاوى التـــى يرفعها ، أو الدعاوى التى ترفع عليه أو غير ذلك .

وموطن الشخص الاعتبارى هو المكان الذى يوجد فيه مركـــز إدارتـــه الرئيس والفعلى أى مركز النشاط القانونى والمالى والإدارى الذى توجد فيـــه الهيئة الرئيسية للشخص الاعتبارى .

أما بالنسبة للشركات التى يكون مركزها الرئيسى فى الخارج ولها نشـــاط فى مصر . فقد قرر المشرع بالمادة ٥٣ مدنى أن مركـــز إدارتـــها بالنســبة للقانون الداخلى هو المكان الذى توجد فيه إدارتها المحلية .

كما قرر المشرع أنه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية التى تباشر نشــــاطها في أماكن مختلفة يجوز اعتبار المكان الذى يوجد فيه الفرع موطنا خاصا بكـلى الأعمال التى تتعلق بهذا الفرع .

ويكون الاختصاص القضائى، للمحكمة الواقــع فى دائرتها هذا الفـــرع، أو للمحكمة التى يوجـد فى دائرتها مركز الإدارة الرئيسى .

٣- الحالة :

يختلف الشخص الاعتبارى عن الشخص الطبيعى ، فهذا الأخير له حالــة عائلية كما أن له حالة دينية – على ما سبق بيانه – أما الشخص الاعتبـــارى فليس له حالة أسرية أو حالة دينية وبذا يكـــون المقصـــود بالحالـــة بالنســبة للشخص الاعتبارى هو الجنسية .

فالشخص الاعتبارى يلزم له رابطة تبعية بينه وبين دولة معينة يخضــــع لقوانينها ، ويكتسب حقوقهـــا . وهذه الجنسية مستقلـــة عن جنسية الأشخاص

المكونين للشخص الاعتبارى .

وقد قرر المشرع المصرى أن القانون الواجب التطبيق على الأشـــخاص الاعتبارية الأجنبية هو قانون الدولة التى اتخذ فيها الشخص مركـــز إدارتـه الرئيسى الفعلى "م١١/٣ مدنى).

ومع هذا فإن صياغة النص غير دقيقة فهى لا تتحدث عن الجنسية وإنمـا تتكلم عن القانون الواجب التطبيق على الأشخاص الاعتبارية الأجنبيـــة أمـا تحديد صفة الشخص الاعتبارى من حيث كونه وطنيا أو أجنبيا فهى تخضـــع لقواعد خاصة بالنسبة للأشخاص الاعتبارية المختلفة ، مثال ذلك أن الجمعية ، أو المؤسسة تعتبر مصرية إذا أنشأت طبقـا للقـانون المصـرى ، واتخـذت مركزها فى مصر .

ثالثا : أهلية الشخص الاعتبارى

تنقسم الأهلية ، على ما ذكرنا ، إلى أهلية وجوب وأهلية أداء :

- **أما بالنسبة لأهلية الوجوب** ، فإن م١٥٣/١ مدنى تنـــص علـــى أن الشخص الاعتبارى يتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منـــها ملازمـا لصفة الإنسان الطبيعية . فنطاق أهلية الوجوب على ما تبيـــن مـــن النص يتحدد بالنسبة للشخص الاعتبارى بحسب طبيعتـــه وبحســب الغرض من إنشائه .

فكل ما يعد ملازما لصفة الإنســان الطبيعية من حقوق لا يثبت للشخص

الاعتبارى من ذلك مثلا حقوق الأسرة ، والحق فى الحماية الجسدية وسائر الحقوق اللصيقة بالكيان المادى للإنسان .

كما أن نطاق أهلية الوجوب يتحدد بالغرض من الشخص الاعتبارى ولهذا فإن م ٥٣ تنص فى فقرتها الثانية على أن الشخص الاعتبارى له أهلية فى الحدود التى يبينها سند إنشائه ، أو التى يقررها القانون ، وهذا ما يطلق عليه مبدأ التخصص . ومعناه أنه إذا قامت شركة ما لغرض معين ، لا يجوز أن تتعداه لأغراض أخرى .

كما أن القانون نفسه هو الذى يحدد للشخص الاعتبارى هدفه من ذلك مثلا أن الجمعيات لا يجوز لها القيام بأعمال تجارية وإلا تعرضت لجزاء معين .

وفيما يتعلق بأهلية الأداء ، فقد أوضحنا آنفا أن مناط أهلية الأداء هو الإرادة ، أو التمييز ، وهذا لا يتوافر فى الشخص الاعتبارى وبالتالى كان لازما أن يقوم أشخاص طبيعيون بمباشرة النشاط القانونى لحساب الشخص الاعتبارى.

والمشرع المصرى يقرر أن يكون للشخص الاعتبارى نائبا يعبر عن إرادته . وهذا النائب قد يكون شخصا واحدا أو مجموعة لا يندمج فى نشاط الشخص الاعتبارى نفسه .

وبهذا نكون قد تكلمنا بإيجاز شديد عن النظرية العامة للشخص الاعتبارى . من حيث تعريفه،وبدء وانتهاء الشخصية الاعتبارية ، ثم مميزات

الشخص الاعتبارى ، وأهليته .

ونعرض فيما يلى لأنواع الأشخاص الاعتبارية .

المطلب الثانى

أنواع الأشخاص الاعتبارية

تحديد نطاق الدراسة :

تنقسم الأشخاص الاعتبارية أولا إلى أشخاص اعتبارية عامة وأشخاص اعتبارية خاصة وعلى رأس الأشخاص الاعتبارية العامة توجد الدولة ، والمحافظات والمدن والقرى ، ويوجد أيضا المنشآت العامة وهى " المصالح العامة التى تنشئها الدولة وتمنحها شخصية مستقلة لتقوم بأحد المرافق العامة " [1] مثل الجامعات وغيرها وهذه المنشآت تقوم بوظيفة المرفق العام ولا تندمج فى الدولة فقد ذكرنا أن القانون يمنحها شخصية مستقلة . وبالنسبة للأشخاص الاعتبارية الخاصة فنحن نجد (الشركات ، مجموعات الأموال ، المؤسسات .. الخ).

ولا يوجد معيار ثابت للتفرقة بين أشخاص القانون العام وبين أشخاص القانون الخاص .

وعلى أية حال . فإن الأشخاص الاعتبارية " العامة " تخرج عن مجال

---

(١) انظر : توفيق فرج ، المرجع السابق ، ص ٧٧٤ وما بعدها .

دراستنا وتدخل فى دراسات القانون الإدارى .

وبالنسبة للأشخاص الاعتبارية " الخاصة " فـــنرى أن مجـــال دراســـتها الشركات فى القانون التجارى .فإذا استبعدنا من دراستنا الأشخاص الاعتباريـــة العامة والشركات، فيبقى أن نتناول الجمعيات، والمؤسسات على النحو التالى:

الفرع الأول : الجمعيات

تقسيم :

فى الحديث عن الجمعيات نود بداية تعريف الجمعيات ، ثـــم متـــى تبـــدأ الشخصية الاعتبارية للجمعية ،والأهلية الخاصة بالجمعية ثـــم الـــهيئات التـــى تباشر نشاط الجمعية ، وأخيرا ، متى تنقضى الشخصية الاعتبارية للجمعية . وذلك على النحو التالى :

أ- تعريف الجمعية :

أخذا من نص المادة الأولى من قانون الجمعيات ، فإن الجمعية جماعـــــة من الأشخاص " طبيعيين أو اعتباريين " ذات تنظيم مستمر دائم لمدة محـــددة ، أو غير محددة تقوم لغرض غير تجارى أو مالى ومن هذا التعريف نســـــتطيع أن نميز خصائص الجمعية فيما يلى :

أولا : أنها جماعة من الأشخاص وكما قلنا يمكن أن يكونوا أشخاصا طبيعييـــن أو أشخاصا اعتباريين . ولكن المشرع المصرى يشترط فى الأشخاص

الطبيعية ألا يقل عددهم عن عشرة أشخاص .

ثانيا : أن الجمعية تنظيم مستمر أو دائم أى يكون هـــذا التنظيـــم لـــه طـــابع الاستقرار . وقد تكون مدة هذا التنظيم محددة ، وقد تكون غير محـــددة والمهم أن يكون له طابع الاستمرار والدوام .

ثالثا : ينبغى أن يكون للجمعية غرض أو هدف غير تجارى . فـــإذا تكونـــت الجمعية لأهداف الربح والتجارة سميت شركة وليست جمعية .

إذن فالعنصر المميز للجمعية عن الشركة أن الأولى لا تسعى للحصـــول على أرباح .

كذا يشترط القانون أن يكون هدف الجمعية مشروعا وإلا كانت باطلـــة . فإذا كان الهدف غير تجارى ومشروع فلا يهم بعد ذلـــك إذا كـــانت الجمعيـــة جمعية خيرية أو علمية أو ثقافية ، أو تقوم للدفاع عن مصالح جماعة معينـــة مثل نقابات الأطباء أو المحاماة .. الخ.

والجدير بالذكر أن الجمعيات فى مصر ينظمها القانون رقم (٣٢) لســـنة ١٩٦٤ الذى حل محل قانون الجمعيات الصادر عام ١٩٥٦.

ب) بدء شخصية الجمعية :

إذا توافرت الشروط السابقة فإن الجمعية تنشأ فـــى الواقـــع أى أن بـــدء الشخصية الاعتبارية للجمعية يكون بمجرد توافر الشروط السابق ذكرها، ومـــع ذلك فإن الجمعية لا تنشأ فى القانون إلا إذا وجد لها نظام مكتوب ، موقع عليه من المؤسسين لها ،ويجب أن يشتمل هذا النظام المكتوب على البيانات الآتية :

اسم الجمعية ، والغرض منها ، ومركز إدارتـــها ، وأســماء الأعضـــاء المؤسسين ، وموارد الجمعية ، وكيفية التصرف فيها ، والأجهزة التى تمثـــل الجمعية ، واختصاصات كل جهاز ، وحقوق الأعضاء وكل واجباتهم ، ونظـام المراقبة المالية ، وكيفية تعديل نظام الجمعية وفروعها ، وأخيرا قواعـد حـل الجمعية ، والجهة التى تؤول إليها أموالها .

ومع توافر هذه الشروط ، ووجود نظام مكتوب فـــإن القـــانون لا يمنـــح الجمعية الشخصية الاعتبارية إلا إذا أشهر نظام الجمعية عن طريـــق ، القيـــد فى السجل المعد لذلك وبنشر ملخص القيد فى الجريدة الرسمية .

ج- أهلية الجمعية ونطاقها :

سبق أن ذكرنا أن أهليـــة الوجوب بالنسبة للشخص الاعتبارى بوجه عـام تتحدد بمحددات طبيعية وهى " الفارق بين الأشخاص الطبيعيين والأشـــخاص الاعتباريين " ومحددات ترجع إلى الأغراض التـــى يســـعى إليـــها الشـــخص الاعتبارى وهذا ما يطلق عليه " مبدأ التخصص ".

وبالتالى فإن أهلية وجوب الجمعية تتقيد بالقيود الآتية :

١- أنها شخص اعتبارى وليس شخصا طبيعيا . كما أنها تتقيـــد بمبـدأ التخصص وبالتالى لا يجوز للجمعية أن تتجاوز فى نشاطها الغـــرض الـــذى أنشئت من أجله . وقد أوضحنا أن الجمعيات تقوم لأغـــراض غـــير تجاريـــة وبالتالى يجب على الجمعية أن تنفق أموالها فيما يحقق هذه الأغراض .

ومع أن المشرع يحدد أهلية وجوب الجمعية بالأغراض " غير التجارية "

إلا أنه قد أباح لها أن تستغل فائض إيراداتها لضمان مورد ثابت في أعمال مضمونة الكسب ، على ألا يؤثر ذلك في نشاطها وهذا الاستثناء قصد منه المحافظة على مورد مالي للجمعية تنفق منه على أغراضها غير التجارية .

هذا وقد نص قانون الجمعيات على أنه " لا يجوز للجمعيات الدخول في مضاربات مالية " .

٢- وبالإضافة إلى القيود التي وضعها المشرع على الجمعية باعتبارها مجرد شخص اعتباري لا طبيعي والقيود التي ترجع إلى مبدأ التخصص فإن الجمعيات تخضع لقيود أخرى أهمها : أنه لا يجوز أن تكون للجمعية حقوق ملكية ، أو أية حقوق أخرى على عقارات إلا بالقدر الضروري لتحقيق الغرض الذي أنشئت من أجله .

ومع ذلك ، فإن المشرع يستثني من تطبيق هذا النص :

أ) الجمعيات التي تعمل في ميدان الرعاية الاجتماعية .

ب) الجمعيات الثقافية .

ج) الجمعيات ذات الصفة العامة .

فأباح لها تملك الأموال والعقارات . (م٦٥ من القانون المصري).

د- هيئات لمباشرة نشاط الجمعية :

الجمعية تباشر نشاطها عن طريق هيئات معينة وهذه الهيئات هي مجلس الإدارة والجمعية العمومية .

ومجلس الإدارة يشترط ألا يقل عدد أعضائه عن خمسة ولا يزيـــد عـــن خمسة عشر . ومدة العضوية لا يمكن أن تزيد عن خمس سنوات متتالية .

وقد ترك المشرع طرق اختيار الأعضـــاء وانتـــهاء عضويتـــهم لنظـــام الجمعية .

ومجلس الإدارة هو الذى يتولى شئون الجمعية وينعقد مـــدة كـــل شـــهر للنظر فى هذه الشئون .

ومجلس الإدارة له أن يعين مديرا من بين أعضائه أو من غـــير هـــؤلاء الأعضاء يفوضه فى أى شأن من الشئون الداخلية فى اختصاصه .

أما الجمعية العمومية فهى تتكون من جميع الأعضاء العاملين الذين أوفوا الالتزامات المفروضة عليهم ،وفقا لنظام الجمعية بشرط أن يكون قـــد مضـــى على عضويتهم مدة ستة أشهر على الأقل .

وتنعقد الجمعية العمومية – على خلاف مجلس الإدارة – مرة كل ســـنة خلال الثلاثة أشهر التالية لانتهاء السنة المالية للجمعية ، للنظر فى الميزانيـــة ، والحساب الختامى .

ومع ذلك يجوز دعوة الجمعية العمومية لاجتماعات غـــير عاديـــة كلمـــا اقتضت المصلحة ذلك .

ودعوة الجمعية العمومية تكون لمجلس الإدارة ومع ذلك فإنه يجوز لربـــع أعضاء الجمعية العموميـــة أو لمائتى عضـــو أيهما أقل أن يطلبوا إلى مجلس

الإدارة كتابة دعوة الجمعية العمومية للانعقاد .

كما يجوز للجهة الإدارية المختصة أن تدعو الجمعية العمومية للانعقاد .

وقرارات الجمعية العمومية تصدر بالأغلبية المطلقة للأعضاء الحاضرين ويمكن لنظام الجمعية أن يأتى بقواعد مخالفة لذلك .

ولا تكون قرارات الجمعية العمومية صحيحة إلا إذا صدرت فى المسائل المبينة فى جدول الأعمال المرفق . مع دعوة الجمعية للانعقاد .

ولا يجوز لعضو الجمعية العمومية الاشتراك فى التصويت إذا كان موضوع القرار يمس مصلحة شخصية له .

والرقابة على نشاط الجمعية تتولاها الجهة الإدارية المختصة عن طريق المفتشون الذين تعينهم هذه الجهة الإدارية (م٢٧ القانون المدنى المصرى).

هـ - انقضاء الجمعية وتصفيتها :

الواقع أن الجمعية تظل مباشرة نشاطها من تاريخ نشأتها حتى صدور قرار بالحل . وحل الجمعية إما أن يكون اختياريا وإما أن يكون إجباريا .

والحل الاختيارى هو الذى تقرره الجمعية العمومية لأعضاء الجمعية ويلزم لصدور قرار الحل أغلبية خاصة هى ثلثى أعضاء الجمعية العمومية جميعهم ما لم يقرر نظام الجمعية أغلبية أكثر من ذلك أى أن نظام الجمعية لا يجوز أن ينص على أغلبية أقل من ثلثى الأعضاء جميعهم .

والحل الإجبارى يكون عن طريق الإدارة ، ويتم ذلك بقرار من وزير

الشئون الاجتماعية ، بعد أخذ رأى الاتحاد المختص فى حالات بينها القانون ، هذا ويجوز الطعن في قرار الحل أمام القضاء الإدارى .

فإذا ما حلت الجمعية سواء " اختياريا أو إجباريا " فإنه ينبغى تصفية أموال الجمعية .

ويمكن للشخصية الاعتبارية للجمعية ان تمتد بالقدر اللازم لتصفية أموال الجمعية .

الفرع الثانى : المؤسسات الخاصة

خطة الدراسة :

نتكلم بداية فى تعريف المؤسسة الخاصة ، ثم بدء شخصية المؤسسة الخاصة وأهلية الوجوب لهذه المؤسسة ، وأخيرا نتكلم فى انقضاء المؤسسة وتصفيتها . وذلك على النحو التالى :

١-تعريف المؤسسات الخاصة :

المؤسسة هى تخصيص مال معين لمدة غير معينة لأغراض إنسانية أو اجتماعية دون قصد الحصول على أرباح .

ومن هذا التعريف نرى أن المؤسسة الخاصة شأنها شأن الجمعية تقوم لأغراض تجارية ، أى أن كلاهما لا يسعى إلى الحصول على أرباح مادية ومع هذا التشابه فإن المؤسسة الخاصة تختلف عن الجمعية فى النواحى الآتية:

- أن الجمعية مجموعة من الأشخاص الطبيعيين ، والاعتباريين يدخلون في تكوينها ، في حين أن المؤسسة هي مجموعة من الأموال يرصدها شخص أو حتى مجموعة من الأشخاص داخلين في تكوينها . فهي أموال ترصد أو تخصص لأغراض غير مالية .

- أن الغرض من المؤسسة يجب أن يكون غرضا عاما دائما بينما الغرض من الجمعية يمكن أن يكون عاما " لصالح المجتمع ككل " ويمكن أن يكون لصالح الأشخاص المكونين لها " صالح خاص ".

٢- بدء شخصية المؤسسات الخاصة :

تنشأ المؤسسة الخاصة بسند رسمي أو وصية ، بشرط أن يتم إشهار نظامها وفقا لأحكام القانون .

فالمؤسسة تنشأ إذن بسند رسمي أو بوصية وهذا السند الرسمي أو الوصية يجب أن تشتمل على البيانات الآتية :

- اسم المؤسسة ، وميدان نشاطها ومركز إدارتها بشرط أن يكون هذا المركز مقره مصر ، ثم الغرض الذي من أجله أنشئت المؤسسة - بيان يوضح الأموال المخصصة لهذا الغرض ، وأخيرا نظام إدارة المؤسسة .

ويتضح من تعريف المؤسسات الخاصة أنها عمل من أعمال التبرع ولهذا فإن منشئ المؤسسة يشترط فيه أهلية خاصة هي أهلية التبرع .

وقد نص القانون على أن إنشاء المؤسسة يعتبر هبة ، أو وصية .

ولا يكفي وجود سند رسمي أو وصية لكي تكتسب المؤسسة الشخصية الاعتبارية بل لابد من أن يشهر نظامها وفقا للقانون ويتم هذا الشهر بناء على طلب منشئها ، أو مديرها ، أو الجهة المختصة بالإشراف على المؤسسة. وإذا كان سند إنشاء المؤسسة هو سند رسمي فإن منشئها لا يستطيع العدول عنها خاصة إذا تم شهرها .

أما إذا كانت المؤسسة قد أنشئت بطريق الوصية فإن الموصى يستطيع العدول عنها قبل وفاته لأن الوصية لا تصبح لازمة إلا بوفاة الموصى حسب القواعد العامة .

أهلية وجوب المؤسسة وحدودها :

تتحدد أهلية وجوب المؤسسة بما يتفق وطبيعتها والغرض من قيامها أى أن المؤسسة على خلاف الشخص الطبيعي لها أهلية وجوب محددة كما أن هذه الأهلية التى تثبت للمؤسسة تتحدد بمبدأ التخصص . أى الغرض الذى أنشئت من أجله . وبالإضافة إلى القيود التى ترجع إلى طبيعة المؤسسة ، وتلك التى تعود إلى مبدأ التخصص فقد أضاف المشرع إلى تلك القيود أن المؤسسة لا يجوز لها قبول الوصايا ، والهبات إلا بإذن من الجهة الإدارية المختصة .

٣- انقضاء المؤسسة وتصفيتها :

الواقع أن المؤسسة شأنها شأن الجمعية تخضع لقواعد مشتركة فيما يتعلق بانقضائها ، وتصفيتها . ومع ذلك فإن الحل الاختيارى كصورة من صور

انقضاء الجمعية لا يمكن تصوره فى المؤسسة وعلى ذلــك لا ينبغــى ســوى صورة الحل الإجبارى للمؤسسة عن طريق الإدارة .

فإذا ما حلت المؤسسة على هذا النحو فإنه يجرى تصفية أموالــها علــى نحو ما جاء بالنسبة للجمعية .

الفصل الثانى

محـــل الحـــق

تمهيد وتقسيم :

إذا كان الشخص " الطبيعي ، والاعتبارى " هو صاحب الحق فإن الشـــئ أو العمل هو محل الحق .

على أنه ينبغى التمييز بين محل الحق ، ومضمونه ، فمحل الحق هو مـــا يرد أو ما يقع عليه الحق من أشياء وأعمال .

ومضمون الحق هو السلطات أو المكنات التى يخولها الحـــق لصاحبـــه . فإذا نظرنا إلى حق الملكية مثلا ، فإن مضمونه هو ما يثبـــت للمـــالك مـــن سلطات الاستعمال ، والاستغلال ، والتصرف . بينما محل حق الملكيـــة هـــو الشئ المملوك الذى تنصب عليه هذه السلطات .

ومحل الحق قد يكون شيئا ، وقد يكون عملا ، والشئ بـــدوره يمكـــن أن يكون ماديا ، أو معنويا .

والمثال الجوهرى للحقوق التى محلها شئ مادى هو الحقوق العينية .

والتى محلها شئ معنوى هى الحقوق الذهنية " حق المؤلف ".

والحقوق التى محلها عمل هى الحق الشخصى ، أو حق الدائنية فهو كمـــا قدمنا ، سلطة للدائن فى اقتضاء عمل من جانب المدين . سواء كان هذا العمل إيجابيا – الإلزام بعمل – أو سلبيا – إلزام المدين بالامتناع عن عمل .

ونحن نتكلم بداية فى الأشياء (**المطلب الأول**) ، ثم فى الأعمال (**المطلب الثانى**) .

المطلب الأول

الأشياء

الشئ هو كل ما ليس شخصا ويكون له كيان ذاتى منفصل عن الإنسان[1]. وهذا الكيان يمكن أن يكون ماديا أو معنويا وبالتالى فإن الأشياء بدورها كما رأينا تنقسم إلى أشياء مادية ، وأشياء معنوية . وهذه الأخيرة تشمل الحقوق الذهنية ، وبراءات الاختراع ، والمحل التجارى ، والعلامات التجارية ، والبيانات التجارية.. وما إلى ذلك .

وإذا كان الشئ ماديا ، أو معنويا يصلح لأن يكون محلا للحق . فهو لا يصلح أن يكون محلا لكافة الحقوق . وبعبارة أخرى ، فإن الشئ المادى أو المعنوى يصلح محلا للحقوق التى تقوم على روابط التسلط مثل الحقوق العينية ، والحقوق الذهنية ، وبعض حقوق الشخصية كالحق فى الاسم ، لكنه لا يصلح محلا للحقوق التى تقوم على روابط الاقتضاء التى يكون محلها عملا يقوم به الشخص كحق الدائنية .

وإذا كنا قد ميزنا بين محل الحق ، ومضمونه . وقلنا أن محل الحق يمكن أن يكون شيئا أو عملا . والأشياء قد تكون مادية وقد تكون معنوية .

---

(١) فى هذا المعنى أنظر : حسين كيره ، المرجع السابق ، ص٧٠٣ وما بعدها .

ينبغى أيضا أن نميز بين الشئ ، والمال .

فالشئ يدل على ما يصلح محلا لمباشرة الحقوق التى تخول التسلط أو موضوعا لمحل الحقوق التى تخول الاقتضاء .

أما المال فهو اصطلاح يدل على الحق ذى القيمة المالية ، أيا كان نوعه وأيا كان محله شيئا أو عملا ، لذلك يعتبر مالا ، الحق العينى ، والحق الذهنى فى وجهه المالى [1].

والمال إذن ، هو كل حق له قيمة يمكن تقديرها بمبلغ من النقود والشئ المادى ، ما هو إلا محل الحق المالى [2].

ونلفت النظر إلى أن القانون المدنى قد أخذ بالتفرقة بين المال ، والشئ ، وتحاشى الخلط بينهما . وقد نص بداية على أن الأشياء تكون محلا للحقوق المالية (م٨١ مدنى) . ثم بين أنواع الأشياء فى المواد ٨٢،٨٤،٨٥ .

وفيما يتعلق بالأموال فقد قسمها إلى أموال عقارية ، وأموال منقولة .

وبالنظر إلى الأشياء فى ذاتها ، أى مستقلة عما ترتبه من حقوق ، نرى أمامنا تقسيمات عديدة بالنظر إلى الأوجه المختلفة للأشياء .

---

(١) أنظر : حسن كيرة ، المرجع السابق ، ص٧٠٥ ؛ أيضا سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص٦٦١ .

(٢) فى تعريف المال عند فقهاء الشريعة الإسلامية ، الشيخ على الخفيف ، أحكام المعاملات الشرعية ، ط٢ ، ص٢٥ -٣٠ ؛ الشيخ أو زهرة ، الملكية ونظرية العقد ، خاصة ص٤٥ ؛ ورغم الفارق الجوهرى بين الشئ والمال ، فقد جرى العرف بإطلاق لفظ المال على الشئ ، فيقال عن السيارة المملوكة لى ، أنها سيارتى أو مالى . أنظر فى ذلك سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص٦٢ .

فمن حيث تعيينها ، نجد الأشياء المثلية ، والأشياء القيمية .

من حيث صلاحيتها لتكرار استعمالها ، نجد أشياء تستهلك بمجرد الاستعمال ، وأشياء يتكرر استعمالها .

ومن حيث ثباتها ، تنقسم الأشياء إلى عقارات ، ومنقولات . ونوضح ذلك فيما يلي :

أولا :الأشياء المثلية ، والأشياء القيمية :

الأشياء المثلية هي التى تماثل آحادها فلا توجد بينها فروق يعتد بها [1] ويطلق عليها أيضا الأشياء المعينة بالنوع . وبعضها يقوم مقام بعض فى الوفاء وتقدر عادة بالكيل " كالقدح أو الوزن أو المقاس ... وقد عرفت (م٨٥ مدنى) هذه الأشياء المثلية بقولا " الأشياء المثلية هى التى تقوم بعضها مقام بعض فى الوفاء والتى تقدر عادة فى التعامل بين الناس بالعدد أو المقاس أو الكيل أو الوزن .

أما الأشياء فهى تلك التى تتفاوت آحادها تفاوتا يعتد به حيث لا يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء . ومثال ذلك الأرض ، والمنازل ، والحيوانات ....إلخ .

وإذا كانت القاعدة فى تعيين الصفة المثلية أو القيمية للأشياء هو طبيعتها من حيث تفاوت أو تماثل آحادها إلا أن إرادة الأفراد قد تسبغ على شئ مثلى

(١) أحمد شوقى عبد الرحمن . النظرية العامة للحق ، ط١٩٨٨ ،ص١٤١ ؛ حسين كيره ، المرجع السابق ، ص٧٣٠ .

بطبيعته الصفة القيمية أو على شئ قيمى الصفة المثلية . وهو ما يطلق عليه الشئ المثلى ، أو الشئ القيمى بالتخصيص ، فالأرض تتحول إلى مثليات ، والكتاب يتحول إلى قيميات عند اشتراط رده بذاته عند إعارته .

وتبدو أهمية تقسيم الأشياء إلى مثلية ، وقيمية فى النواحى التالية :

١- نتقال الملكية فى المنقولات :

الأشياء القيمية تنتقل ملكيها بمجرد إبرام العقد ، أما الأشياء المثلية فإن الملكية لا تنتقل فيها إلا بالإفراز . وتفسير ذلك أن المنقول القيمى يكون معينا بالذات أما المنقول المثلى فيكون معينا بالنوع فقط لذا لزم إفرازه .

٢-أن المقاصة القانونية لا تقع إلا بين دينين موضوع كل منهما أشياء مثلية أخذا من نص المادة ١/٣٦٢ مدنى. والمقاصة هى طريقة من طرق الوفاء حيث يكون هناك شخصان كل منهما دائنا ، ومدينا للآخر فى نفس الوقت فينقص الدينان المتقابلان بمقدار الأقل منهما.

٣-أن هلاك الأشياء القيمية يترتب عليه انقضاء الالتزام لأن تنفيذه يصبح بهذا الهلاك مستحيلا أما هلاك الأشياء المثلية فلا تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا بل يظل الالتزام قائما فى شأنها لأن لها نظائر فى السوق فيقوم بعضها مقام بعض فى الوفاء ولذلك يقال أن الأشياء المثلية لا تهلك .

٤-مكان الوفاء : يتم الوفاء بالالتزام بتسليم شئ قيمى فى المكان الذى كان موجودا فيه وقت نشوء الالتزام .

أما إذا كان الشئ مثليا فيكون التسليم فى المكان الذى يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء ، إعمالا لنص المادة ٣٤٧مدنى .

ثانيا : الأشياء القابلة للاستهلاك والأشياء غير القابلة للاستهلاك

أساس التقسيم :

الأشياء القابلة للاستهلاك هى التى تستهلك بمجرد الاستعمال العادى الذى أعدت له بطبيعتها دون أن تحتمل استعمال متكرر عليها . ولذلك يعرفها المشرع بأنها " ... هى التى ينحصر استعمالها بحسب ما أعدت له فى إنفاقها أو استهلاكها (م٨٤/١ مدنى) .

وقد يكون الاستهلاك ماديا بالقضاء على مادتها ، كالغذاء أو بتغيير صورتها كتحويل الأقمشة إلى ملابس مثلا .

وقد يكون هذا الاستهلاك قانونيا بالتصرف ، كإنفاق النقود ، وبيع السلع .

وتكون الأشياء غير قابلة للاستهلاك إذا كان استعمالها العادى لا يؤدى إلى استهلاكها ولو تسببت فى نقص قيمته . ولا يؤثر فى هذا الوصف أن يترتب على طول الاستعمال هلاك ، كالسيارات مثلا أو الكتب .

والأصل أن طبيعة الشئ هى التى تحد قابليته أو عدم قابليته للاستهلاك .

غير أنه يجوز للمتعاقدين بإرادتهما تخصيص استعمال الشئ تخصيصا يخرجه عن طبيعته فيصبح حينئذ قابلا أو غير قابل للاستهلاك ، بالتخصيص أى " بالنظر إلى إرادة المتعاقدين " .

فالأشياء القابلة للاستهلاك يمكن بالتخصيص أن تعتبر غير قابلة للاستهلاك، والعكس صحيح . (م١٨٤/٢ مدنى) .

أهمية التفرقة :

تبدو أهمية التفرقة بين الأشياء القابلة ، وغير القابلة للاستهلاك فيما يلى :

١- أن بعض الحقوق التى تخول استعمال الشئ – كحق الانتفاع وحق الاستعمال، لا يتصور ورودها إلا على الأشياء غير القابلة للاستهلاك وحدها ذلك أن المنتفع أو المستعمل يلتزم عند انتهاء حقه برد الشئ بعينه إلى مالكه.

والأشياء القابلة للاسترجاع تصلح موضوعا لنوعين من العقود :

- عقود تستوجب المحافظة على الشئ دون استعماله ، كعقد الوديعة .
- عقود تجيز استعمال الشئ مع رد مثله ، كعقد القرض.

ثالثا : العقارات ، والمنقولات

أساس التقسيم :

تنقسم الأشياء من حيث ثباتها أو عدم ثباتها إلى عقارات ، ومنقولات .

وقد نص المشرع على أن " كل شئ مستقر بحيزة ثابت فيه لا يمكن نقله

دون تلف ، فهو عقار . وكل ما عدا ذلك من شئ فهو منقول " .

وظاهر من النص أنه اعتمد تقسيم الأشياء إلى عقـارات ، ومنقـولات . وأنه عرف العقار تعريفا مباشرا ، وعرف المنقول تعريفا غير مباشر .

وهذا التقسيم ، تقسيم طبيعي أى ينبني على اختـلاف الطبيعـة الماديـة للأشياء وثبات البعض منها واستقراره فى مكانه ، وتحرك البعض الآخـر أو قابليته للحركة . مما يسوغ اختلاف القواعد التى تحكم نوعى الأشياء(١) .

ويتضح ذلك على التفصيل الآتى بيانه :

١ - العقارات :

العقار أخذا من نص المادة ٨٢/مدنى ، هو كل شئ له مسـتقر ثـابت لا يمكن نقلها منه دون تلف ، وهذا هو العقار بالطبيعة .

ومع ذلك يعتبر عقارا بالتخصيص المنقول الذى يضعه صاحبه فى عقـار يملكه رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله. وهذا هو العقار بالتخصيص.

ونحن نعرض للعقار بالطبيعة أولا ، ثم العقار بالتخصيص .

أ- العقار بالطبيعة :

هو على ما ذكرنا ، كل شئ له مستقر ثابت لا يمكن نقلـه دون تلـف ، ويطلـق ذلك على الأرض - بوجه عام - وكل ما يلتصق بها أو يقـام على

---

(١) فى رفض الأساس الاقتصادى للتقسيم الذى يرى أن العقارات هـى الأكـثر قيمـة و المنقولات هى الأشياء التافهة القيمة : حسين كيره، المرجع السابق، ص٧٠٧ ؛ ونفس المؤلف ، حق الملكية، ص٦٩-٧٠ .

سطحها أو يوجد فى جوفها من المحاجر والمناجم .

كل ما يشمل المبانى بكافة أنواعها ، منازل ، آبار ، كبارى ، منشـآت ... حتى لو كانت مملوكة لغير صاحب الأرض .

ويعتـبر الشئ ذا مستقر ثابت إذا كـان لا يمكـن نقلـه دون تلـف . فالأكشاك الخشبية التى يمكن فكها وإقامتها فى مكان آخر لا تعتبر عقـارات ، مادام يمكن نقلها دون أن يصيبها تلف . كذلك الحال فى خيام البدو والكشـافة وغيرها .

– صفة الاستقرار التى تقسم الأشياء بناء عليها. يمكن أن تكون طبيعيـة كالأراضى . أو صناعية كالمنشآت التى يقيمها الإنسان علـى سـطح الأرض مثل المبانى ، والمزروعات. والواقع أن الثبات والاستقرار هنا مناط الصفـة العقارية للأشياء، فإذا فقد الشئ صفة الثبات ، والاستقرار فإنه يفقـد وصـف العقار . ويعد من المنقولات كأنقاض البناء والهدم ، والمحـاجر المسـتخرجة من باطن الأرض ، والمزروعات بعد حصادها .

ب- العقار بالتخصيص [1]:

بعد أن عرفت المادة٨٢ مدنى العقار بالطبيعة،استطردت تقول "ومع ذلـك، يعتبر عقارا بالتخصيص، المنقول الذى يضعه صاحبـه فـى عقـار يملكـه رصداعلى خدمة هذا العقار أو استغلاله " .

---

(١) راجع : حسين كيره ، الذى يرى أن فكرة العقار بالتخصيص مـا هـى إلا حيلـة أو افتراض قانونى يقيمها المشرع للتوصل إلى ترتيب أحكام العقـار علـى المنقـولات التابعة له والمرصودة على خدمته واستغلاله ،المرجع السابق ، ص٧١٠ بند ٣٦٩.

ويؤخذ من نص المادة السابقة أنه ، لابد من توافر شرطين لاعتبار الشئ المنقول الملحق بالعقار عقارا بالتخصيص :

الشرط الأول : أن يكون المنقول مرصودا على خدمة العقار أو استغلاله، وليس بشرط أن يكون تخصيص المنقولات لخدمة أو استغلال العقار تخصيصا مؤبدا أو دائما ، بل يكفى أن يكون مستمرا ، وألا يكون عارضا . وبالتالى ، فمتى انقطع التخصص زالت عن المنقول صفة العقار [1]. ومثال ذلك ، الآلات التى تخصص لخدمة الأرض ، والتماثيل التى توضع فى العقار لتجميله ... إلخ.

ويشترط أن يكون المنقول مخصصا لخدمة واستغلال العقار ، وليس لخدمة مالكه . وعلى ذلك ، فإن الحصان المعد لركوب صاحب الأرض لا يعد عقارا بالتخصيص عكس الماشية المخصصة للاستغلال الزراعى ، فهى تعتبر مرصودة لخدمة العقار ، وبالتالى فهى عقارا بالتخصيص .

ويستوى أن يكون المنقول مخصص لخدمة العقار أو استغلاله ، ويدخل فى خدمة العقار ، السجاد ، والمقاعد ، والكتب المقدسة فى دور العبادة .

ويدخل فى مفهوم الاستغلال ، الآلات الزراعية ، والأسمدة ، والبذور للأراضى الزراعية ، والمواد الأولية ، والآلات والأدوات فى المنشآت الصناعية ، وما يوضع فى الفنادق من أثاث ، ومفروشات .

---

(١) سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص٦٧٤ ؛ وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى ، مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج١ ، ص٤٦٧ .

الشرط الثانى : أن يكون المنقول، والعقار مملوكين لشخص واحد .وعلى ذلك ، إذا استأجر مالك العقار مواشى أو آلات لاستغلال العقار ، فهى لا تصبح عقارا بالتخصيص . كذلك الحال إذا خصص مستأجر العقار لخدمته أو استغلاله مواشى أو آلات مملوكة له (١).

والواقع ، أن هذا الشرط المنطقى ، لأن مشكلة العقار بالتخصيص لا تثور ، إلا حيث توجد مجموعة متماسكة ، يراد المحافظة على كيانها من التفكك والتفتت . وهو ما يفترض وقوع عناصر هذه المجموعة أى العقارات، والمنقولات المرصودة على خدمته أو استغلاله فى ملك شخص واحد ، حتى لا يتأتى فصل هذه العناصر بعضها عن بعض ، رغم إرادة المالك (٢).

وإذا كان شرط وحدة الملكية للعقار والمنقول أمرا تبرره الضرورات الاقتصادية ، فإنه لا يشترط أن تكون هذه الملكية مفرزة . إذ يكفى وحدة الملكية حتى لو كانت على الشيوع . وعلى ذلك يعتبر شرط وحدة الملكية متحققا لأحد الشركاء المشتاعين فى ملكية العقار ، إذا قام برصد منقول على خدمة أو استغلال العقار الشائع .

وأخيرا ، فإن شرط وحدة الملكية لا يكفى فى ذاته لإضفاء صفة العقار بالتخصيص على المنقولات المرصودة لخدمة العقار أو استغلاله ، بل ينبغى أن يصدر التخصيص من المالك أو من نائبه الذى يعمل لحسابه .

---

(١) سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص٦٧٣ .

(٢) حسين كيره ، المرجع السابق ، ص٧١٢ .؛ توفيق فرج ، المرجع السابق ، ص٨١٤ .

وعلى ذلك ، فإن الآلات الزراعية المرصودة لخدمة الاستغلال الزراعـــي، لا تعتبر من ذلك عقارات بالتخصيص إذا كان تخصيصها لخدمة أو اســـتغلال الأرض من غير المالك الحقيقى ، كما لو قام بذلك مستأجر للأرض .

فإذا توافر الشرطان السابقان : التخصيص ، ووحدة الملكية ، فإن المنقـــول المرصود لخدمة أو استغلال العقار ، يعد عقارا بالتخصيص ، ويعامل معاملـــة العقار ، فلا يجوز الحجز على العقار بالتخصيص حجز المنقول .

ولا يجوز التنفيذ عليها منفصلة عن العقار المرصـــود علـــى خدمتـــه أو استغلاله.

ومجمل ما تقدم إذن أن كل منقول خصص لخدمة العقـــار أو اســـتغلاله يصبح عقارا بالتخصيص ، إذا كان المالك للعقار ، والمنقول ، واحد .

ولا يشترط – فى هذه الحالة – أن يكون المنقول مثبتا بالعقار . **والتساؤل الذى يثور** ، هو حالة ما إذا ألتصق المنقول بعقار بطبيعته على نحو دائـــم أو مستمر. هل يصبح فى هذه الحالة عقارا بطبيعته حسب القواعد السابق بيانـــها. أم عقارا بالتخصيص ؟ **والإجابة** عن هذا السؤال تستلزم التعرض للفرضيـــــن التاليين :

الفرض الأول : أن يندمج المنقول بالعقار على نحو دائم ، بحيث لا يمكـــن نزعه منه دون تلف. ويفقد المنقول ذاتيته.وبالتالى يعد عقارا بطبيعته وتنطبـــق عليه أحكام العقـــارات بالطبيعة . ومثال ذلك الأبواب ، والنوافذ ، والسلالم ،

بالنسبة للعقارات المبنية .

الفرض الثانى : أن يلتصق المنقول أو يثبت فى العقار على نحـــو دائـم ولكن لا يفقد المنقول ذاتيته . فى هذا الفرض ينص القانون الفرنســـى علـى اعتبار المنقول عقارا بالتخصيص .

ويشترط المشـــرع الفرنسى هنا ، أن يكـون التخصيص قد تم من المـالك نفسه ، ولا يشترط أن يكون المنقول مرصودا لخدمة العقار أو استغلاله [1].

وبالنسبة للقانون المصرى . فإنه ينبغى تطبيق القواعد العامـــة فـــى هـذا الشأن ، والمتعلقة بالعقار بطبيعته ، أو العقار بـــالتخصيص . وبالتـــالى ، إذا كان صاحب المنقول قد وضعه فى عقار يملكه لخدمتـــه أو اســتغلاله يعتـبر المنقول عقارا بالتخصيص .

وإذا التصق المنقول بالعقار ، بحيث لا يمكن نزعه دون تلف ، فإننا نكون بصدد عقار بالطبيعة .

وعلى أية حال ، فإنه إذا توافرت شروط معينة ،سيرد ذكرها حالا ، فـــإن المنقول يعد عقارا بالتخصيص ، وتنطبق عليه الأحكـــام التـــى تخضـــع لـــها العقارات ، بحيث لا يجوز الحجز أو التنفيذ على المنقولات استقلالا .

وإذا بيع العقار ، فإن البيع يشمل ما يلحق به من عقارات بـــالتخصيص ، ما لم ينص على غير ذلك . أى أن قواعد الحجـر ، والتنفيذ أو التصرف فى

---

(١) راجع : نص م ٣/٥٢٤ من القانون المدنى الفرنسى .

العقارات بالتخصيص تأخذ حكم العقارات بالطبيعة .

ومع ذلك ، فإن التشابه بين العقارات بالتخصيص ، والعقارات بالطبيعة ، يقتصر على هذه المسائل ، فهناك اختلافات عديدة بينهما تتمثل فيما يأتى :

١-أن وحدة الملكية شرط لاعتبار المنقول عقارا بالتخصيص. وعلى العكس من ذلك ، فإذا اندمج المنقول بالعقار ، بحيث لا يمكن نزعه دون تلف ، يعد عقارا بطبيعته ، بصرف النظر عن وحدة المالك .

٢-أن العقار بالتخصيص ، يعامل معاملة المنقول فى حالة امتياز بائع المنقول بالنسبة لما يستحق له من الثمن ، وملحقاته إذا كان البيع المنقول ما زال محتفظا بذاتيته . " (م١١٤٥ فقرة أولى من القانون المدنى) . وينطبق هذا الحكم حتى ولو كان هذا المنقول قد صار عقارا بالتخصيص[1] . وبالتالى يجوز للبائع الحجز على المنقول وحده ، ثم بيعه لاستيفاء حقوقه. أما إذا فقد المنقول ذاتيته واندمج فى العقار ، يصبح عقارا بطبيعته ، وتنطبق عليه الأحكام السابق بيانها .

٣-أن العقار بالتخصيص يظل على هذا لوصف طالما كان المنقول مخصصا لخدمة العقار أو استغلاله ، فإذا فقد هذا الشرط أصبح منقولا عاديا ، تسرى عليه أحكام المنقول العادى .

وبعد ...

فقد تكلمنا سابقا فى العقارات وعرفنا ما هية العقار ، ثم العقار بالطبيعة،

---

(١) انظر : توفيق فرج ، المرجع السابق ، بند ٤٧٦ ص ٨٢٦ .

والعقار بالتخصيص ، وشروطه ونتكلم فيما يلى عن المنقولات .

٢- المنقولات :

ذكرنا أن المشرع قد عرف العقارات تعريفا مباشرا ، وعرف المنقولات تعريفا غير مباشر ، ومعنى ذلك أن كل شئ لا تتوافر له صفة العقار أى صفة الإثبات ، والاستقرار ، يعد منقولا بالطبيعة .

ويرد على هذا الأصل استثناءا هاما هى المنقولات بحسب المآل . ونتحدث بداية عن المنقول بالطبيعة . ثم المنقول بحسب المآل .

أ- المنقول بالطبيعة :

هى الأشياء المادية غير الثابتة القابلة للنقل من مكان إلى آخر دون تلف ، يستوى فى ذلك أن تكون قابلة للانتقال بقوتها الذاتية كالحيوانات ، أو بقوة خارجية كالأثاث ، والبضائع ، والكتب .

ويدخل فى مفهوم المنقولات بالطبيعة ، كل ما ليس عقارا بالطبيعة أو عقارا بالتخصيص .

وقد ثار الشك حول اعتبار بعض الأشياء منقولا بالطبيعة مثل الغاز ، والكهرباء . وقد استقر الرأى على اعتبارها منقولات بالطبيعة ، وبالتالى ، فإن اختلاسها يدخل فى مفهوم السرقة ، وينطبق عليه أحكام المادة ١١٦ من قانون العقوبات . التى عرفت السرقة بأنها اختلاس مال منقول مملوك للغير .

أهمية التقسيم :

تقسيم الأشياء من حيث ثباتها أو عدم ثباتها إلى عقارات ومنقولات هو أهم تقسيمات الأشياء على الإطلاق . ويترتب عليه النتائج الآتية :

١) فى العقارات ، فإن التصرفات القانونية التى من شأنها إنشاء أو نقل أو زوال حقوق عينية ، أو الاحتجاج بها على الغير ، تخضع لإجراءات شهر معينة ، بعكس التصرفات الواردة على المنقول ، فهى لا تخضع لإجراءات الشهر .

وعلى ذلك ، فإن الملكية فى العقارات لا تنتقل إلا بالتسجيل . بينما فى المنقولات ، تنتقل الملكية بمجرد العقد إذا كان المنقول معينا بالذات .

٢) هناك حقوق عينية لا ترد إلا على عقار . مثال ذلك من الحقوق العينية الأصلية ، حق السكن ، والارتفاق ، وحق الحكر . ومن الحقوق العينية ، التبعية حق الرهن الرسمى ، وحق الاختصاص . أما غير ذلك من الحقوق العينية الأصلية ، والتبعية فإن محلها يمكن أن يكون منقولا أو عقارا .

٣) أن الحيازة تكفى لاكتساب ملكية المنقول ، وذلك إذا كان الحائز حسن النية . واستند إلى سبب صحيح . لذا يقال أن الحيازة فى المنقول سند الملكية .

أما فى العقار ، فلا تنطبق القاعدة . ذلك أن اكتساب الملكية يستلزم الحيازة الممتدة لمدة خمس سنوات إذا كان الحائز حسن النية ومستندا إلى

سبب صحيح . وفى غير ذلك ، فإن مدة التقادم المكسب للحق العينى الوارد على عقار أو منقول تتحدد بخمسة عشر عاما .

كما أن الحيازة فى العقار تحمى فى القانون بدعاوى معينة بعكس المنقول .

٤) لا تكون الشفعة إلا فى العقارات وحدها دون المنقولات[1] . والشفعة سبب من أسباب كسب الحقوق العينية الأصلية على العقارات .

ب- المنقول بحسب المآل :

المنقول بحسب المآل هو عقار بالطبيعة . لكنه سيصبح فى القريب منقولا ، أى ينظر إليه باعتباره منقولا بحسب ما سيؤل إليه ، لذا يسمى منقولا بحسب المآل .

مثالَ ذلك ، الثمار الناضجة قبل جنيها، والمبانى المعدة للهدم ، والأشجار المعدة للقطع ، والمعادن والمحاجر المعدة للاستخراج ، وغيرها .

والمشرع المصرى ، لم ينص على قاعدة عامة بشأن المنقول بحسب المآل، لكن الفقه والقضاء ، قد أجمعا على الأخذ بها إذا توافرت شروطها[2] . وقد وردت مجموعة من التطبيقات لما يعد منقولا بحسب المآل . ومن ذلك ما ينص عليه قانون المرافعات (م٣٥٤) على اتباع إجراءات حجز المنقول

(١) م ٩٣٥ مدنى .
(٢) أنظر: أحمد شوقى عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص١٥٢ .

بالنسبة للثمار المتصلة والمزروعات القائمة ، ولكن مع عدم جواز هذا الحجـز إلا خلال مدة محددة قبل موعد نضجها [1].

وقد استخلص الفقه والقضاء من هذه النصوص ، أن بعـــض العقـــارات يعتبر منقولا بحسب المآل إذا توفر شرطان جوهريان :

١- **الشرط الأول** : أن تتصرف إرادة المتعاقدين انصرافا جديا حقيقيـــا إلى أعداد العقارات المتعاقد عليها لتصير منقـــولات بالاتجـــاه إلـــى فصلها عن أصل الثبات ، والاستقرار . وعلى ذلك فإنـــه لا يكفـــى لاعتبار العقار منقولا بحسب المآل أن يكون تحول العقار إلى منقـــول أمرا محتملا . كما لو كان لمشترى البناء ، الخيار فى هدمه . فـــهو قد يختار الإبقاء عليه إذ ينبغى أن يكون الهدم محققا فعلا .

٢- **والشرط الثانى** ، أن يكون المتعاقدان قد حددا موعدا قريبا لفصـــل الشئ عن الأرض .

وعلى ذلك إذا حدد للبناء المبيع موعد بعيد لهدمه ، فالبيع فى هذه الحالـة لا يكون واردا على عقار ، وليس على منقـــول بحسب المآل ، وتنطبق عليـــه كافة أحكام العقار .

أحكام المنقول بحسب المآل :

فإذا توافرت الشروط السابق بيانها اعتبر العقار منقولا بحسب المآل .

(١) انظر أيضا تطبيقات أخرى فى م١١٤٢/١ مدنى ، م١١٤٤/١ مدنى .

ويسرى عليه التنظيم القانونى الخاص بالمنقول من ذلك :

(١) أن ملكية المنقول بحسب المآل تنتقل بمجرد إبرام العقد ، وذلـك إذا كان معينا بالذات .

(٢) إذا أثير يتعلق بالمنقول بحسب المآل . فـإن الاختصـاص يكـون للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليـه ، ومعلـوم أن قواعد الاختصاص فى العقارات تكون للمحكمة الكائن فى دائرتـها موطن المدعى عليه ، ومعلوم أن قواعد الاختصاص فى العقـارات تكون للمحكمة الكائن فى دائرتها العقار .

(٣) تسرى قواعد الحجز على المنقول . ولا ينطبق إجراءات الحجـز العقارى ، ولو كان المبيع ما زال متصلا بالأرض ما دام سـيصبح فى القريب منقولا .

(٤) يمتنع على مشترى المنقول بحسب المآل أن يلجـأ إلـى دعـاوى الحيازة فهى لا تنطبق إلا على العقارات حماية لحائز العقارات .

(٥) يفرق قانون المرافعات بين إجـراءات الحجـز علـى المنقـول وإجراءات التنفيذ على العقار، فيجعل الأولى أكـثر سـرعة،وأقـل تعقيدا من الثانية .

(٦) أن القانـون قد يضع قيودا على تملك العقـارات ، نظرا لأهميتـها الاقتصادية ، أو باعتبـارها دليلا على سيـادة الدولة على إقليمها

ويدخل فى الحالة الأولى القيد الخاص بالحد الأقصى للملكية الزراعية ويدخل فى الحالة الثانية القيد الخاص بتملك الأجانب . ولا يسرى ذلك على المنقولات .

(٧) يقيد القانون أهلية الجمعيات ، وفى اكتساب الحقوق الواقعة على عقارات بالقدر الضرورى لتحقيق الغرض الذى قامت من أجله الجمعية ، ولا يرد هذا القيد فى الحقوق الواردة على المنقولات .

(٨) وفى تصفية التركات تنص م ٨٩٣ مدنى على أنه "إذا لم يوجد فى التركة نقود تكفى لسداد ديون التركة يكون الوفاء بها من ثمن بيع منقولات التركة أولا . فإذا لم تكف ، تسدد الديون من ثمن بيع العقارات .

والواقع أن بعض هذه الفروق يعود إلى صفة الثبات والاستقرار فى العقارات بعكس المنقولات . وبعضها الآخر يرجع إلى بقايا النظرة القديمة باعتبار أن العقارات هى التعبير عن الثروة ، وأن المنقولات تعتبر ضئيلة القيمة [1].

---

(١) حسين كيره ، المرجع السابق ، ص٧٠٨ وما بعدها ؛ أحمد شوقى عبدالرحمن ، المرجع السابق ، ص١٥٦ وما بعدها .

المطلب الثانى

الأعمـــــــــال[1]

سبق أن رأينا أن محل الحق يمكن أن يكون شـــيئا ويمكـــن أن يكـــون عملا، والأعمال هى محل الحقوق القائمة على أساس من رابطة الاقتضـــاء . وأظهر هذه الحقوق هو الحق الشخصى أو حق الدائنية الذى يخـــول صاحبـــه وهو الدائن قدرة اقتضاء عمل معين من المدين ، أو الامتناع عن عمل معيـن. فإذا كانت الأشياء هى محل للحق العينى ، فإن الأعمـــال هـــى محـــل للحـــق الشخصى .

ويشترط فى العمل الذى هو التزام المدين ، مجموعـــة مـــن الشـــروط وردت فى المواد ١٣١ حتى ١٣٥ مدنى . وهذه الشروط هى أن يكون ممكنـا ومعينا أو قابلا للتعيين ، وأن يكون مشروعا .

أولا : شرط الإمكان :

ذكرت م١٣٢ مدنى أنه " إذا كان محل الإلزام مستحيلا فى ذاتـــه كـــان العقد باطلا " .

ذلك أن الأداء الذى يتحمل به المدين ينبغى أن يكون ممكنا فـــإذا كـــان مستحيلا فإن الإلزام يقع باطلا ، فلا يكلف أحد بالمستحيل .

---

(١) سنتكلم بإيجاز شديد عن الأعمال ، ذلك أن تفاصيل الكلام فى العمل ، وشروطه ، يقـع ضمن " نظرية الالتزام ".عبد المنعم البدراوى ، النظرية العامة للإلزام ؛ السـنهورى ، الوسيط ، ج١ .

فإذا كان الإلزام ممكنا وقت إبرام العقد ، واستحال تنفيذه بعد ذلك ، فإن العقد ينشأ صحيحا ، لكنه ينقضى إذا كانت الاستحالة لسبب أجنبى لا يد للمدين فيه . فإذا كانت الاستحالة بسبب خطأ المدين ، فإنه يلزم بتنفيذه بمقابل عن طريق تعويض الدائن .

على أن الاستحالة التى يبطل معها الإلزام ، هى الاستحالة المطلقة التى تقوم بالنسبة للكافة كأن يتعهد المحامى برفع استئناف فى دعوى فات ميعاد الاستئناف فيها .

أو أن يتعهد المدين بنقل ملكية عين تكون قد هلكت قبل التعهد . والأولى " استحالة قانونية " والثانية " استحالة مادية " .

أما إذا كانت الاستحالة نسبية " أى لا تتعلق إلا بشخص المدين " ، كأن يتعهد الشخص برسم لوحة زيتية وهو لا يجيد فن الرسم ، لكن غيره يستطيع ذلك ، فيعتبر معها العمل ممكنا . وإذا استحال على المدين شخصيا القيام به يكون مسئولا أمام الدائن عن تخلفه عن الوفاء .

وبالنسبة للإلزام بإعطاء شئ . فيعتبر شرط الإمكان متوافرا فيه ، حتى ولو لم يكن هذا الشئ موجودا وقت التعهد بإعطائه ما دام أنه يمكن وجوده مستقبلا . لذا فإن التعامل فى الأشياء بجوز بشرط أن يكون الشئ قابلا للوجود فى المستقبل .

ومع ذلك فقد نص المشرع على استثناءات معينة يعتبر فيها التعامل فى

شئ مستقبل باطلا . وذلك لاعتبارات معينة ، إنسانية ، واقتصادية . من ذلك مثلا ، أن رهن مال المستقبل يقع باطلا[١] وبطلان هبة المال المستقبل[٢] وبطلان التعامل فى تركة إنسان على قيد الحياة[٣] .

شرط التعيين أو القابلية للتعيين :

يجب أن يكون العمل " محل إلزام المدين " معينا أو قابلا للتعيين . وقد رأينا أن الأشياء القيمية تتحدد بصفات معينة ، فيكون تعيين المنزل بحدوده ، ومساحته ، وموقعه .

أما الأشياء المثلية ، فيتم تعيينها ببيان جنسها ، ونوعها ، ومقدارها ، فيتعين القطن بالقنطار من نوع جيزة – درجة أولى . فإذا لم يتعين على درجة الجودة التزم المدين بتسليم القطن من درجة متوسطة .

يجب أن يكون العمل مشروعا، أى غير مخالف للنظام العام أو الآداب [٤]. ومن أمثلة الإلزام غير المشروع ، الاتفاق على القتل ، أو السرقة ، أو بيع المخدرات ..... إلخ .

---

(١) حسين كيره ، المرجع السابق ، ص٧١٢ ؛ توفيق فرج، المرجع السابق ، ص٨١٤ .
(٢) حسين كيره، المرجع السابق ، ص٧١٢ ؛ توفيق فرج ، المرجع السابق ، ص٨١٤ .
(٣) حسين كيره ، المرجع السابق، ص٧١٢ ؛ توفيق فرج ، المرجع السابق ، ص٨١٤ .
(٤) حسين كيره ، المرجع السابق،ص٧١٢ ؛ توفيق فرج ، المرجع السابق ، ص٨١٤ .

الباب الثانى

مصـــادر الحـــق

تمهيد وتقسيم :

المقصود بمصدر الحق ، السبب القانونى المنشئ له ومصادر الحق فـــى التقنيات الحديثة تتمثل فى العقد ، والإرادة المنفردة ، والعمل غير المشـــروع والإثراء بلا سبب ، والقانون .

والواقع أن مصادر الحق لا تخرج عن طائفتين هما : التصرفات القانونيـــة والوقائع القانونية ، **والتصرف القانونى** ، معناه ، اتجاه الإرادة إلى إحداث أثـــر قانونى معين . فإن كان صادرا من جانبين سمى عقـــدا ، وإن صـــدر مكـــن جانب واحد سمى الإرادة المنفردة . فهو عمل إرادى محـــض ، تتجـــه فيـــه الإرادة إلى ترتيب أثر قانونى معين .

أما الواقعة القانونية . فهى واقعة مادية من فعل الطبيعة ، أو مـــن فعـــل الإنسان ويرتب القانون عليها أثرا معينا حتى ولو لم تتجه النية إلى إحداث هذا الأثر . والمهم ، أن مصادر الحق لا تخرج عـــن التصرفـــات القانونيـــة ، أو الوقائع المادية . وسوف نعرض فى **فصل أول** – التصرف القانونى كمصـــدر من مصادر الحق– على أن نتناول – الوقائع المادية القانونية ، فى **فصل ثان.**

الفصل الأول

التصرف القانونى كمصدر للحق

ذكرنا بأن التصرف القانونى، هو اتجاه الإرادة إلى إحداث أثـــر قـــانونى معين ، قد يكون إنشاء حق من الحقوق ، أو تعديله ، أو نقله ، أو إنهاء الحق.

والتصرف القانونى ، على النحو الذى بسطناه ــ إذ صدر عـــن طرفيـــن فإنه يسمى بالعقد، وإن صدر عن طرف واحد سمى بالإرادة المنفردة . **ومثـــال** الأول ، البيع ، والإيجار ، والمقاولة ، والكفالة ، والوكالة ، .... إلخ . **ومثـــال** الثانى ، الوعد بجائزة الموجه للجمهور .

وسواء صدر التصرف القانونى من جانب واحد أو من الجانبين ، فإن مـــا يميزها هو اتجاه الإرادة إلى أحداث أثر قانونى .

وإذا كان التصرف القانونى تنشئه الإرادة ، فإن الإرادة غير قادرة علــــى إنشاء التصرف القانونى ، إلا إذا كانت كاملة صادرة عن ذى أهلية ، وأن تـرد على محل مشروع ، وأن يكون الدافع على إبرام التصرف القانونى مشـــروعا. وبذا ، فإن الأهلية ، والمحل ، والسبب ، أركان لا يقوم العقد بدونها . وفـــوق ذلك ثمة شروط لصحة العقد ، أهمها ألا يكون من أبرمه ناقص الأهليـة ، وألا تتعيب إرادته من عيوب الإرادة .

فإذا اكتمل للعقد أركانه ، وشروط صحته ، اعتبر ملزما بالنسبة لأطرافـــه، بحيث لا يكون لأى منهما نقضه أو تعديله إلا باتفاقهما أو بنص فى القانون .

وسوف نعرض بداية لتكوين العقد من حيث أركانه ، في **مبحث أول** ، وشروط صحته ، ثم لآثار العقد ، في **مبحث ثان** .

المبحث الأول

تكـــوين العقـــد

ينعقد العقد صحيحا ، بتوافر أركانه ، وشروط صحته . وأركان العقد هى الرضى ، والمحل ، والسبب ، أما صحة العقد ، فهى ألا يبرمه ناقص أهلية ، وألا تتعيب الإرادة بعيب من عيوب الرضى . فإذا تخلف ركن من أركان العقد ، كان باطلا بطلانا مطلقا . وإن تخلف شرط من شروط صحة العقد ، فإنه يكون باطلا بطلانا نسبيا .

والجزاء المترتب على تخلف ركن من أركان العقد، هو البطلان المطلق، أما جزاء تخلف شرط من شروط صحته فهو البطلان النسبي .

وسوف نعرض – فيما يلى لأركان العقد وشروطه ، في **مطلب أول** ، ثم الجزاء الذى يترتب على تخلف أركان العقد وشروط صحته ، في **مطلب ثان** .

المطلب الأول

أركـــان العقـــد وشروط صحته

الركن – لغة – ما قام الشئ بوجود ، وانعدم بانعدامه . وأركان العقد كما ذكرنا – التى لا يقوم بغيرها ، هى الرضى ، والمحل ، والسبب [1].أما الشروط ، فهو ما يمكن أن يوجد الشئ بدونه ، ولكنه وجود غـــير صحيـــح . مـــهدد بالزوال . وشروط صحة العقد ألا يبرمه ناقص أهلية ، وألا يوجد بالمتعـــاقدين أو أحدهما عيب من عيوب الإرادة ، وسوف نعرض بداية لأركان العقد ، ثـــم شروط صحته .

الفرع الأول

أركان العقد

هى كما ذكرنا ، الرضا ، والمحل ، والسبب .

المحور الأول : وجود الرضا

يتم العقد ، بمجرد أن يتبادل طرفـــان التعبير عن إرادتين متطـــابقتين ، مع مراعاة ما يقرره المشرع فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد

---

(١) وذلك إلى جانب الشكل فى العقود الشكلية .

ويبين من ذلك أن وجود الرضا لا يتحقق بغير وجـــود إرادة مكتملـــة، والتعبير عنها ، وفوق ذلك يجب أن تتوافق الإرادتين على التصـــرف المـــراد إبرامه .

والرضا ، وإن كان ركنا لا ينعقد العقد بدونه ، يلزم أن يكون صحيحـــا ، فإذا صدر العقد من ناقص أهلية ، أو من شخص تعيبت إرادتـــه بعيـــب مـــن عيوب الرضا كان العقد قابلا للإبطال .

وسوف نعرض بداية للإرادة والتعبير عنها ، ثم صحة الرضا .

أولا – الإرادة ، والتعبير عنها

الرضاء عموما . اتجاه الإرادة إلى الأثر القانونى المطلوب ، فيقال بـــأن الوكيل ارتضى الوكالة ، والمقاول ارتضى المقاولة ، والموصى قد ارتضـــى الوصية . وفى نطاق العقد لا يقوم الرضاء بدون إرادة واعية ، مدركة تتجـــه إلى إحداث أثر قانونى ، يتم التعبير عنها .

وسوف نتناول بداية ، وجود الإرادة ، ثم وسائل التعبير عنها، ثم تطـــابق الإرادتين .

١ – وجود الإرادة :

ذكرنا بأن الرضا بالعقد لا يقوم بغير إرادة من طرفيه ، ولا تقـــوم الإرادة بغير وعى الشخص بحقيقة التصرف الذى يقدم عليه . وعلى ذلـــك لا تقـــوم الإرادة بالنسبة لعديم الأهليـــة ، سواء بسبب الســـن كالطفل عديم التمييز ، أو

بسبب الحالة العقلية ، كالمجنون ، أو بغير ذلك من الأسباب .

ولا يكفى لوجود الرضا ، توفر الإرادة بالمعنى الذى بسطناه - بل يلزم فوق ذلك أن تتجه هذه الإرادة إلى إحداث أثر قانونى معين ، بمعنى أن يقصد صاحبها الارتباط بأمر معين ، يلتزم به . فلا عبرة إذن بالإرادة التى لا تتجه إلى إحداث أثر قانونى - كما هو الشأن بالنسبة للاتفاقات التى تتم على سبيل المجاملة ، وحسن الأخلاق ، كأن يدعو شخص ، آخر ، لتناول العشاء ، أو إلى ركوب سيارته بالمجان . فالاتفاق فى مثل هذه المسائل لا يعتبر عقدا ولا يتولد عنه أثر قانونى .

كما يلزم أن تكون الإرادة جادة ، غير هازلة ، فلا عبرة بإرادة الهازل ولا يترتب عليها أثر قانونى . كذلك لا عبرة بالإرادة التى تعلق على مشيئة صاحبها كأن يقول شخص لآخر ، أبيعك سيارتى عندما أرغب . فالإرادة فى هذه الحالة تعتبر غير موجودة أصلا .

٢- طرق التعبير عن الإرادة :

القانون لا يهتم إلا بالإرادة التى يتم التعبير عنها . إلا أن التساؤل - يظل قائما عن كيفية التعبير عن الإرادة ؟ والإجابة ، أن التعبير عن الإرادة يتم باستخدام وسيلة مادية تكشف عن إرادة صاحبها .

ويكون التعبير عن الإرادة باللفظ ، وبالكتابة ، وبالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا فى دلالته على حقيقة المقصود (م٩٠ / مدنى) .

فالتعبير عن الإرادة ، يكون غالبا باللفظ ، كما يسوغ أن يكون بالكتابة ولا يهم طريقة الكتابة ، أى سواء كانت مخطوطة ، أو مطبوعة ، أو على الحاسب الآلى ، وسواء كانت الكتابة رسمية أو عرفية ، وسواء كانت موقعة أو غير موقعة ، وإن ثار التساؤل عن الإثبات فى الحالة الأخيرة .

وليس ثمة ما يمنع أن يكون التعبير عن الإرادة بالإشارة المتداولة عرفا، ومن ذلك هز الرأس عموديا دلالة على القبول ، وأفقيا ، أو هز الكتف دلالة على الرفض بل يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضى ، كما هو الحال فى شراء صحيفة حيث يتناول البائع مبلغ الصحيفة من المشترى ، ويسلمها له ، بدون كلام .

وأخيرا ، فإن التعبير عن الإرادة قد يحصل باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا فى دلالته على حقيقة المقصود ، ومن ذلك مثلا عرض التاجر للبضائع على واجهة المحل التجارى ، مع بيان ثمنها ، بما يدل على الإيجاب من جانبه ببيع البضاعة بذات السعر ووقوف عربات الأجرة فى الأماكن المخصصة للركوب أو وضع آلة معينة تؤدى للجمهور خدمات معينة ، منها تقديم مشروبات ، أو الموازين الميكانيكية ، أو استخراج بطاقات التليفون أو الهوية ، أو الصور الفوتوغرافية ... إلخ . حيث تدل بطريق مباشر عن الرغبة فى تقديم الخدمة بالثمن المكتوب عليها .

والتعرف عن الإرادة باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفا ، أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا فى دلالته على حقيقة المقصود ،

يسمى بالتعبير الصريح عن الإرادة ، الذى يختلف عن التعبير الضمنى ، عن الإرادة إذا كانت السبيل الذى يلجأ الشخص إليه لا يدل على الإرادة بطريق مباشر . ويستدل منه – مع ذلك – اتجاه الشخص إلى إحداث أثر قانونى معين. ويضرب الفقه مثلا على ذلك ، إذا تنازع الدائن ، والمدين على وجود الدين . ثم يأتى المدين ، ويطلب أجلا للسداد ، أو يقدم تأمينا لضمان الدين . فهو اعتراف ضمنى بالدين.

ومثال ذلك أيضا ، أن تنتهى مدة الإيجار ، ويبقى المستأجر بالعين المؤجرة بعلم المؤجر ، وبغير اعتراض منه فيتجدد الإيجار ضمنيا بنفس شروط الإيجار المنقضى (م٥٩٩/مدنى) .

فيما يسمى بالتجديد الضمنى لعقد الإيجار ، أى بإيجاب ضمنى من المستأجر وقبول ضمنى من المؤجر .

والأصل أن التعبير ، كالتعبير الصريح من حيث القيمة القانونية . إلا أن المشرع مع ذلك ، قد يدخل فيشترط أن يكون التعبير عن الإرادة صريحا، ومن هذه الحالة لا يكفى أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا . ومن ذلك مثلا، أن ذمة المستأجر الأصلى لا تبرأ فى حالة التنازل عن الإيجار ، أو الإيجار الضمنى إلا إذا وجد تنازل بتعبير صريح من المؤجر (م٥٩٧) .

هل يصح أن يكون السكوت تعبيرا عن الإرادة :

ذكرنا أن التعبير عن الإرادة يكون صريحا أو ضمنيا . وفى الحالتين نكون بصدد فعل ، أو عمل إيجابى . أما السكوت فهو وضع سلبى بحت ،

أثار التساؤلات فى الفقه ، والقضاء ، عما إذا كان يصلح أو لا يصلح طريقــا للتعبير عن الإرادة ؟ . وبعبارة أخرى ، هل يعتبر السكوت ، بمثابة موقـف لا تدع ظروف الحال شكا فى دلالته على حقيقة المقصود ، كما ورد بالمـادة ٩٠ من القانون المدنى أم لا ؟ .

ولا يتسنى الإجابة عن السؤال المطروح ، إلا إذا بينا بأن العقـد ينعقـد بإيجاب من أحد المتعاقدين،يوجه إلى الطرف الآخر ، فيقبلـه بـدون تعديـل أو تغيير .

ولذا لا يصح السكوت تعبير عن الإيجاب ، فالإيجاب عرض ، والعـوض لا يستفاد من مجرد السكوت ولذا قيل بأنه لا ينسب لساكت قول .

ويظل التساؤل قائما فى مدى صلاحية السكوت للتعبير عن القبول ؟ .

والأصل العام أن السكوت بذاته لا يصلح أن يكـون تعبـيرا عـن إرادة القبول وتأكيدا لذلك حكمت محكمة السين [1] مثلا بأن سكوت الشخص الـذى أرسل إليه صاحب الصحيفة أعدادها ، بغرض اشتراكه فيها ، عـن ردهـا ، وعن إبداء رأيه في قبول هذا الاشتراك ، أو رفضه ، لا يعتبر منـه قبـولا ، ولا يغير من ذلك أن يكون صاحب الصحيفة قد أخطر العميل ، بأن عـدم رد الأعداد ، يعتبر قبولا للاشتراك فيها .

وإذا كانت القاعدة العامة أن السكوت لا يقطع فى الدلالة على القبـول . فإن ذلك ينطبـق على السكوت البسيط ، أو السكوت المجـرد من الظروف

---

(١) محكمة السين ، ١٩٨٣/٤/١٩ فى بلانيول وريبير /ح٦، ص١١٧ . .

والملابسات. أما إذا اقترن بالسكوت ، ظروف أو ملابسات ، تدعم دلالته فـــى القبول ، اعتبر قبولا ، ينعقد به العقد .

ولذلك ورد بنص م٩٨/ مدنى بأن " السكوت عن الرد يعتبر قبـــولا ، إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين ، واتصل الإيجاب بهذا التعـــامل أو إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه " .

فالمشرع أورد مثالين ، لما يعتبر سكوتا ملابسا ، يدل على إرادة القبول:

أولا : أن يكون هناك تعامل سابق بين المتعاقدين ، واتصل الإيجاب بـهذا التعامل السابق ، ومثال ذلك أن يرسل تاجر الجملـــة البضاعـــة إلـــى تـــاجر التجزئة فيعتبر ذلك قبولا ، أو أن يتسلم المشترى البضاعة التى اشتراها مـــع قائمة بثمنها متضمنة شروطا معينة للصفقة ، فيسكت عن الـــرد علـــى هـــذه الشروط فترة معقولة. فيعتبر ذلك قبولا منه . أو أن يرسل البنك إلـــى عميلـــه قائمة بالحساب ، فلا يرد الأخير ، وتنقضى فترة معقولة . فذلك يعتبر قبولا .

ثانيا : إذا تمخض الإيجاب عن منفعة خالصة للموجـــه إليـــه ، فيعتـــبر سكوت الأخير قبولا . ومثال ذلك أن يعرض علـــى شـــخص تـــبرع معيـــن فيسكت، فيعتبر ذلك دلالة على قبول التبرع .

تطابق الإرادتين :

ذكرنا ، بأن الرضاء أساس العقد ، إنما لا يكفى أن تتواجـــد الإرادة فـــى كل من طرفى العقد ، وأن يقع التعـــبير عنها ، بل يلزم – فوق ذلك تطابـــق

الإرادتين أى أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب فى كل ما تضمنه .

ونتناول – فيما يلى – معنى الإيجاب ، والقبول :

١ – **الإيجاب** ، هو العرض الذى يبدأ به شخص آخر ، بغرض إبرام عقد ما ومثال ذلك أن يقول أ إلى ب ، أبيعك منزلى بمبلغ وقدره كذا .

ولا يعتبر العرض إيجاباً إلا إذا تضمن – على الأقل – طبيعة العقد المراد إبرامه (بيع ، أو إيجار ، أو وكالة ، أو شركة ... الخ) . فضلا عن أن أركان العقد الأساسية ، فالإيجاب بالبيع مثلا ، يجب أن يتضمن طبيعة المبيع، والثمن. والإيجاب بالإيجار يجب أن يشتمل على المأجور والأجرة .. وهكذا .

ولا يلزم أن يوجه الإيجاب إلى شخص محدد . بل يمكن أن يوجه إلى شخص غير محدد فيما يسمى بالإيجاب الموجه للجمهور . ومن ذلك مثلا ، عرض البضائع على واجهات المحال التجارية ، مع بيان أثمانها . ووقوف عربات الأجرة فى الأماكن المخصصة لركوب الأشخاص . والإيجاب الموجه للجمهور ، يختلف عن الإيجاب الموجه لشخص محدد ، فى أنه يقترن دائما بتحفظ ضمنى إلى حين نفاذ الكمية .

أ– القوة الملزمة للإيجاب :

إذا عين ميعاد للقبول ، التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضى هذا الميعاد م٩٣/ مدنى .

ومعنى ذلك ، أن للموجب ، كقاعدة عامة ، أن يرجع عن إيجابه طالما

أنه لم يقترن به قبول . فالإيجاب – فى الأصل – غير ملزم لصاحبه بالإبقاء عليه .

ويستثنى من ذلك أن يقترن الإيجاب بمدة معينة وعندها ، لا يجوز للموجب الرجوع فى إيجابه ، إلى أن تنقضى هذه المدة . فإذا رجع الموجب قبل فوات المدة المحددة ، اعتبر رجوعه كأن لم يكن ، إذ يظل الإيجاب قائما برغم رجوع الموجب عنه بحيث إذا صدر عن الموجه إليه قبول ، مطابق ، انعقد به العقد . أى برغم رجوع الموجب عليه .

ومثال الإيجاب المقترن بمدة ، أن يعرض شخص على آخر شراء منزله ويحدد له الثمن ، ويمنحه مدة أسبوع يبدى خلاله رأيه فيه قبولا ، أو رفضا ، وهذا هو التحديد الصحيح لميعاد القبول .

- وقد يستخلص هذا الميعاد من ظروف الحال ، أو من طبيعة المعاملة ، وهذا هو التحديد الضمنى لميعاد القبول ومثال ذلك ، أن يعرض شخص على آخر بيع سيارة على شرط التجربة ، فظروف الحال تقتضى أن الموجب يترك للموجه إليه الإيجاب المدة التى تستغرقها التجربة .
- وفى البيع بالمراسلة ، تتحدد مدة القبول ، بالفترة اللازمة لوصول الإيجاب إلى علم الموجه إليه ، والفترة المعقولة للرد .
- ويبقى أن نوضح أن مصدر التزام الموجب بالبقاء على إيجابه مدة معينة هو إرادته المنفردة .

ب- سقوط الإيجاب :

- يسقط الإيجاب بالضرورة إذا رفضه الموجه إليه . وقد يكون رفض الإيجاب صريحا ، أو ضمنيا . ومثال الأول أن يكون الإيجاب - بين حاضرين- أى فيما يسمى بمجلس العقد ، ثم ينقضى المجلس من غير أن يلحقه قبول . م١٩٤/مدنى . ومثال الرفض الضمنى ، يزيد الموجه إليه الإيجاب أو ينقص من العرض المقدم إليه ، أو يعدل منه بأية صورة من الصور .

- ويسقط الإيجاب إذا كان الموجب قد حدد ميعادا للقبول ، ثم يفوت هذا الميعاد بدون قبول من الموجه إليه الإيجاب .

- وأخيرا ، يسقط الإيجاب ، برجوع الموجب عنه ، ما لم يكن مقترنا بميعاد للقبول ، حيث لا يجوز للموجب الرجوع عنه فى هذه الحالة إلا بفوات الميعاد .

٢- القبول :

الإيجاب وحده لا يصلح أساسا لقيام العقد ، إن لم يلحقه قبول مطابق . فالقبول إذن ، رضاء من وجه إليه الإيجاب به . ويجب أن يكون القبول مطابقا للإيجاب فى جميع عناصره . لذلك نصت م ٩٦/ مدنى على أنه " إذا اقترن القبول بما يزيد فى الإيجاب أو يقيد منه ، ، أو يعدل فيه ، اعتبر رفضا يتضمن إيجابا جديدا . فأساس القبول إذن ، هو مطابقته للإيجاب مطابقة تامة.

وعلى ذلك ، إذا عرض أ على ب شراء منزله بمبلغ مائة ألف ، فقبل الأخـــير بتسعين ألفا ، فإن ذلك لا يعتبر قبولا ينعقد به عقد بيع المنزل ، والعكس .

وإذا عرض أ على ب شراء سيارته بمبلغ خمسون ألف ، وقبل ب علـــى أن يدفع منها النصف ، والباقى على أقساط ، فإن ذلك يعتبر رفضا للشراء .

المحور الثانى : صحة الرضاء

لا يكفـــى وجود الرضاء لانعقاد العقد صحيحا ، بل يلزم فوق ذلك ، أن يكون الرضا ، خاليا من العيوب وألا يكون قد أبرمه ناقص أهلية[1] . وفـــرق بين وجود الرضا ، وصحته . فالأول لازم لانعقاد العقد ، إذا تخلف فإنه يكون باطلا بطلانا مطلقا والثانى لازم لصحة العقد إذا تخلف ، فليس معنى ذلـــك أن العقد لا ينعقد ، بل ينشأ معيبا ، ويمكن الطعن عليه بالإبطال .

ويتخلف ركن الرضا ، حال انتفاء الإرادة لانعـــدام الأهليـــة ، أو لعـــدم تطابق الإرادتين .

بينما تتخلف عناصر صحة العقد ، لصدور التعبير عن الإرادة من ناقص الأهلية ، أو لتعيب الإرادة بعيب من عيوب الرضا ، وهى الغلط ، والتدليـس ، والإكراه ، والاستغلال .

عيوب الإرادة :

ذكرنا بأن عيوب الإرادة ، أى التى تفسد الرضا ، هى الغلط ، والتدليس،

---

(١) لن نعرض – لنقص الأهلية – ونحيل فى دراستنا إلى ما سبق أن عرضنا له .

والإكراه ، والاستغلال . ونتناول كل منها فيما يلى - تباعا - :

١- الغلط :

الغلط ، وهم يتولد فى ذهن المتعاقد ، فيصور له الأمر على غير حقيقته فيدفعه لإبرام التعاقد . ومثال ذلك أن يشترى شخص ساعتان على أنها من الذهب الخالص ، فإذا بها من معدن مطلى بالذهب ، وأن يستأجر شخ منزلا . وأن يتعاقد شخص على شراء منزل ، معتقدا بأنه يطل على واجهة الشارع الرئيسى فإذا به محصور بين المنازل . وأن يشترى شخص تحفة على أنها أثرية ، فإذا بها من إبداع فنان حديث .

- وقد ورد بنص م ١٢٠/ مدنى على أنه إذا وقع المتعاقد فى غلط جوهرى فإن لـه أن يطلب إبطال العقد ، إذا كان المتعاقد الآخر ، قد وقع مثله فى هذا الغلط ، أو كان على علم به ، أو كان من السهل عليه أن يثبته .

- ومن هذا النص ، يلزم لكى ينتج الغلط ، أثره القانونى ، من حيث اعتباره عيبا من عيوب الإرادة ، يؤدى الى بطلان العقد بطلانا نسبيا ، توافر شرطين أساسيين هما : أن يكون الغلط جوهريا ، وأن يتصل الغلط بشخص المتعاقد الآخر . ونحن نتناول كلا من الشرطين ، بالتفصيل فيما يلى :

الشرط الأول : يلزم أن يكون الغلط جوهريا ، ويكون الغلط جوهريا ، إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد ، لو لم يقع

هذا الغلط . م ٢/١٢١ مدنى . ومعنى ذلك أنه ليس كل غلط يقع فيه المتعـاقد ، يؤدى بالضرورة إلى قابلية العقد للإبطال . بل يلزم أن يكون الغلط جوهريـا . أى أن يكون هذا الدافع على إبرام العقد بحيث لولاه لما أقدم المتعـــاقد علـــى إبرام العقد .

ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص ، فى الحالات الآتية :

أ- إذا وقع فى صفة للشئ تكون جوهرية فى اعتبار المتعـــاقدين أو يجــب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ، ولما ينبغى فى التعامل مــن حسن نية . ومثال ذلك من يشترى تحفة من محل العاديات بثمن كبـــير ، يمكنه طلب إبطال للغلط إذا اتضح بأنها حديثة ذلك أن الظروف جميعـا ، تدل على أنه اشتراها . بهذا الثمن اعتقادا مه بأنها أثرية .

ب- إذا وقع فى ذات المتعاقد ، أو فى صفة من صفاتــه ، إذا كــانت محــل اعتبار رئيسى فى التعاقد . ومثال الغلط فى ذات الشخص أن يهب أ إلـــى ب مالا ، اعتقادا منه بأنه قريب له ، ثم يتضح أنه ليس كذلك .

ومثال الغلط فى صفة الشخص ، أن يعهد المريض إلى طبيب ، لإجــراء عملية جراحية له اعتقادا منه بأنه طبيب مشهور فى التخصص المطلوب ، ثــم يتضح أنه ليس كذلك .

الشرط الثانى : اتصال المتعاقد الآخر بالغلط :

يكون الغلط متصلا بالمتعاقد الآخر فى حالات ثــلاث : **الأولــى** ، هــى وقوع المتعاقد الآخر فى نفس الغلط ، أى يكون الغلط مشتركا .

والثانية ، علم المتعاقد الآخر بالغلط ، فيثبت سوء نيته ، وبالتالى ، فلا محل لحمايته .

الثالثة ، إذا كان من السهل على المتعاقد الآخر أن يتبينه ، ولكنه لم يفعل، فهو فى هذه الحالة – مقصر ولا يستحق الحماية .

الغلط فى الواقع والغلط فى القانون :

ذكرنا بأن الغلط ، يتعلق عادة بواقعة من الوقائع يتوهمها الشخص بخلاف الحقيقة ، وهذا هو الغلط فى الواقع .

وقد يكون الغلط فى القانون . بأن يتوهم الشخص ، بخلاف الحقيقة . قاعدة قانونية ، فيبرم العقد مدفوعا بهذا التوهم . وهنا ، يثور التساؤل بصدد إمكانية الطعن على العقد بالإبطال للغلط فى القانون ؟ وقد أجابت على ذلك المادة ١٢٢ مدنى ، بقولها أن العقد يكون قابلا للإبطال لغلط فى القانون يؤدى إلى إبطال العقد إذا توافرت الشرائط الآتية :

١- أن يكون الغلط جوهريا ، أى بأن يقع على صفة جوهرية فى الشئ أو صفة جوهرية فى الشخص ، فى العقود التى تبرم على أساس الاعتبار الشخصى .

٢- أن يتصل الغلط فى القانون بعلم المتعاقد الآخر، فيثبت بأنه كان على علم به، أو كان من السهل عليه أن يتبينه ، أو كان الغلط مشتركا .

٣- أن يكون من شأن التمسك بالغلط فى القانون إعمال حكم القانون ،

لاستبعاده. وترتيبا على ذلك لا يجوز للمقرض الذى أقرض بفائدة تزيـــد عن الحد القانونى ، المطالبة بطلب إبطال عقد القرض للغلـــط ، فذلـك استبعاد لحكم القانون . بل ينبغى فى هذه الحالة تخفيض نســـبة الفـــائدة حتى تتعادل مع الحد المقرر قانونا .

٤- ويشترط أخيرا ، ألا يكون القانون قد نص على عدم الاعتداد بالغلط فـــى القانون . ومن ذلك مثلا ما ورد بنص م ٥٦٦/ مدنى بأنه لا يجوز الطعن فى الصلح بسبب غلط فى القانون .

إثبات الغلط وأثره :

الأصل هو سلامة الإرادة من العيوب ، وعلى من يدعى بخلاف الأصل إثباته . وبالتالى ، على من يدعى أن إرادته معيبة بالغلط أن يثبت ذلـك أى أن يثبت توافر شرائط الغلط .

وإثبات الغلط يكون بكافة طرق الإثبات ، بما فيها القرائن . فـــإذا أثبـت توافر شروط الغلط – على النحو الذى بسطناه – كان العقد قابلا للإبطال .

٢- التدليس :

التدليس ، إيهام الشخص ، بغير الحقيقة بقصد دفعه إلى إبرام العقد .

ويتبين من ذلك أن التدليس ، بخلاف الغلط . فالأول إيهام متولد من فعـل صادر عن الغير . بينما الثانى ، وهم تلقائى وفيما عدا ذلك فإن أساس إبطـــال العقد فى الاثنين، واحد ، وهو ذلك الوهم الذى تولد فى ذهن المتعاقد ، فحمله

على التعاقد .

ولما كان التدليس ، وهم مستثار أى من فعل شخص آخر ، فـــهو عمـــل غير مشروع يؤدى فضلا عن إبطال العقد إلى إلزام المدلس بالتعويض عـــن الضرر الناشئ عنه .

وأخيرا ، فإن إثبات التدليس أيسر من إثبات الغلـــط ، وبمعنـــى آخـــر ، الإيهام ، يسهل إثباته ، والوهم التلقائى، يصعب إثباته ، لأنه أمر نفسى بحت.

عناصر التدليس :

للتدليس عنصران : أحدهما نفســـى ، وهـــو فيـــه التضليـــل ، والآخـــر موضوعى وهو الطرق الاحتيالية .

أ- نية التضليل :

والمقصود بنية التضليل ، نية إيقاع المتعاقد الآخر فى غلـــط وبالتـــالى ، فإن المدلس ، يجب أن يقصد إيهام المتعاقد الآخر بأمر مخالف للحقيقة . فـــإذا انخدع شخص بعمل شخص آخر ، دون أن يقصد الأخير خداعـــه ، لا يقـــع التدليس لعدم توفر العنصر النفسى كما لو انخدع شخص بمظاهر الغنى ، التى يبدو عليها الطرف الآخر .

٢- الطرق الاحتيالية :

لا يكفى العنصر انفسى وحده لقيام التدليس . بل يلزم فوق ذلك من وجود أعمال مادية ، أى سلوك خارجى من شأنه أن يولد فى ذهن المتعاقد صـــورة

تخالف الواقع . وهذه الأعمال المادية أسماها المشـــرع المصـــرى بـــالحيل . فنصت م ١٢٥/ مدنى على أنه يجوز إبطال العقد للتدليس ، إذا كانت الحيـــل التى لجأ إليها أحد المتعاقدين .. من الجسامة بحيث لولاها لما أبـــرم الطـــرف الثانى العقد .

والحيل التى تكون العنصر الموضوعى لقيام التدليس قد تتمثل فى الكـذب الذى يخرج عن حدود المألوف فى المعاملات بأن يقع الكذب علـــى بيانـــات معينة ، يعلم أن الطرف الآخر يوليها أهمية خاصة . من ذلك ، كـذب البـــائع فى شأن البلد التى صنعت البضاعة ، وكذب المؤمن له فى البيانات التى يسـأل عنها المؤمن " شركة التأمين " بشأن الخطر المؤمن منه . أما الكـذب الـذى يدخل فى امتداح أوصاف البضاعة ، وغير ذلك ، فلا يكفى لقيام الحيل .

والكتمان ، كالكذب ، لا يعتبر مكونا للعنصر الموضوعى فى التدليـس إلا إذا تعلق بواقعة ، يكون على المتعاقد ، إعلام الطرف الآخر بها . كمـــا فـــى عقد التأمين ، حيث يكون على المؤمن له ، التزاما باطلاع المؤمن على جميـع البيانات اللازمة لتقدير الخطر المؤمن منه .

شروط الإبطال للتدليس :

فضلا عن توافر عنصرى التدليس (نية الخداع ، والوسائل الاحتياليـــة) يلزم توافر شرطين هما : أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد . وأن يكـون التدليس متصلا بالمتعاقد الآخر ، بأن يكون صادرا منه ، أو على علم بـه ، أو كان بإمكانه أن يعلم به . على التفصيل الآتى :

الشرط الأول : يلزم أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد :

وهذا الشرط لا يتوافر إلا إذا ثبت بأن المتعاقد الذى وقع ضحية الخداع ما كان ليبرم العقد . لولا تلك الحيل التى أدت به إلى التضليل والخداع . ولا يهم أن يكون الخداع ، بشأن ارتضاء العقد ذاته أم أن أثره ، اقتصر على جعله يرتضى العقد بشروط أشد قوة أو أبعد نظاما مما كان يقبله عليها لولا تلك الحيل .

الشرط الثانى : اتصال المتعاقد الآخر بالتدليس :

التدليس الصادر من الغير ، لا يؤدى إلى ابطال العقد إلا إذا ثبت بأن المتعاقد الآخر ، كان يعلم به ،أو كان من السهل عليه ان يتبينه .

إثبات التدليس وأثره :

التدليس ، كالغلط ، يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات ، بما فيها القرائن ، وعلى من يدعى التدليس ، إثبات عناصره ، وتوفر شروطه ، أى بإثبات أنه كان دافعا إلى التعاقد ، وأنه صدر من الطرف الآخر ، أو صدر من الغير ، ولكن المتعاقد الآخر ، كان يعلم به ، أو من المفروض حتما أن يعلم به .

- وبإثبات عناصر التدليس ، وشرائطه يكون العقد قابلا للإبطال .

- فإذا لم تتحقق شروط التدليس لا يبطل العقد .

فإذا لم تتحقق شروط التدليس ، لا يكون العقد قالا ل[طال ، ويجوز مع ذلك للمدلس عليه المطالبة بالتعويض على اعتبار أن الوسائل الاحتيالية فى

التدليس عمل غير مشروع ، يرتب مسئولية فاعله ولا يجوز للمدلس عليه الجمع بين إبطال العقد ، للتدليس ، والمطالبة بالتعويض على أساس الفعل غير المشروع .

٣- الإكراه :

الإكراه ، ضغط يتعرض له أحد المتعاقدين فيولد فى نفسه رهبة تدفعه إلى إبرام العقد . ومثال ذلك التوقيع على العقد لوقف الأذى المهدد به . والإكراه يعيب الإرادة ، ولا يعدمها .

وإنما يشترط لكى يعيب الإكراه ، الرضى ، توافر شروط ثلاثة :

١-أن يكون ثمة وسائل ضغط أو تهديد .

٢-أن يتولد عنها رهبة تدفع إلى إبرام العقد .

٣-أن يصدر من أحد المتعاقدين أو من الغير .

ونفصل - فيما يلى - ما أجملناه :

الشرط الأول : أن يكون ثمة وسائل ضغط أو تهديد :

إذا لم يتوافر هذا الشرط لا نكون بصدد إكراه يعيب الإرادة وعلى ذلك فإن مجرد النفوذ الأدبى لشخص على آخر ، لا يفسد الرضا ، ومن ذلك نفوذ الأب على ابنه ، والرئيس على مرءوسيه ، والأستاذ والمعلم على تلميذه .. ونحو ذلك. ولذا فبعد أن نصت م١٢٧/مدنى على أنه يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر فى نفسه

دون حق ، وكانت قائمة على أساس – تابعت تقول بأن الرهبة تكـــون قائمـــة على أساس ، إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذى يدعيها أن خطـــرا جسيما محدقا يهدده هو أو غيره فى النفس ، أو الجسم ، أو الشرف، أو المال.

ويبين من النص السابق بأن المشرع يشترط فى الخطر المـــهدد بـــه أن يكون جسيما ، وحالا . كما يشترط أن تكون الرهبة قائمة على أســـاس ، أى باستعمال وسائل غير مشروعة لغرض غير مشروع . ومثـــال ذلـــك تـــهديد شخص بقتله إذا لم يوقع على العقد . فإذا كانت الوسائل مشروعة فى ذاتـــها ، ويقصد منها الوصول إلى غرض مشروع ، فلا يبطل العقد للإكـــراه . ومـــن ذلك مثلا ، تهديد الدائن لمدينه ، برفع دعوى إشهار إفلاسه لأجل الوفاء بمـــا عليه من ديون .

الشرط الثانى : أن تولد وسائل الضغط غـــير المشـــروعة ، فـــى نفـــس المتعاقد رهبة تدفعه إلى التعاقد .

ومسألة تقدير هذه الرهبة – ذاتية – أى ينظر فيها إلى شخص المتعاقد نفســـه لا إلى الشخص المعتاد . لذا نصت الفقرة الثالثة من المـــادة ١٢٧ علـــى أنـــه يراعى فى تقدير الإكراه ، جنس من وقع عليه هذا الإكراه ، وسنه ، وحالتـــه الاجتماعية ، والصحية ، وكـــل ظـــرف آخـــر مـــن شـــأنه أن يؤثـــر فـــى جسامة الإكراه .

– ويجب – فوق ذلك – أن تكون الرهبة التى ولدتها وسائل الضغط غـير المشروعة هى الدافع على إبرام العقد .

وإذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر ، كان يعلم ، أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه .

٤- الاستغلال :

المقصود بالاستغلال عدم التعادل الفاحش ، أو الجسيم بين التزامات أحد المتعاقدين ، مع ما حصل عليه المتعاقد الآخر من فائدة بموجب العقد ، أو مع التزامات هذا المتعاقد الآخر . إذا ثبت أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا عن طيش بين أو هوى جامح .

ويبين من تعريف الاستغلال أنه يقوم على عنصرين : نفسى ، ومادى .

أولا : العنصر المادى :

يتحقق العنصر المادى فى الاستغلال ، بَعدم التعادل الفاحش أو الجسيم بين الأداءات المتقابلة . فعدم التعادل بذاته ، لا يكفى لقيام الركن المادى ، ما لم يكن جسيما ، أو فادحا ، أو فاحشا وهو ما عبرت عنه المادة ١٢٩/مدنى ، بقولها " إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد ، أو مع التزامات المتعاقد الآخر .

ويترك تقدير ، مسألة عدم التعادل المكون للعنصر المادى ، لمحكمة الموضوع ، بدون رقابة من محكمة النقض .

ثانيا : العنصر النفسى :

إن عدم التعادل ، بذاته لا يكفى لقيام الاستغلال ، حتى ولو كان جسيما ، أو فاحشا ،وإنما يلزم – فوق ذلك ، أن يكون عدم التعادل هذا ، تولد عن استغلال أحد المتعاقدين ، حالة الطيش البين ، أو الهوى الجامح فى المتعاقد الآخر .

والطيش البين ، هو الخفة الزائدة التى تؤدى إلى التسرع وسوء التقدير. أما الهوى الجامح ، فيقصد به ، الرغبة الشديدة التى تجعل المتعاقد غير قادر على تبين مصالحه ..

ومثال ذلك – كما جاء فى أحكام القضاء المصرى – أن تعمد زوجة شابة إلى استغلال هوى زوجها الطاعن فى السن ، فتستكتبه لنفسها أو لأولادها ما تشاء من العقود إضرارا بمصالح زوجته الأولى [1] .

أثر الاستغلال :

– إذا تحققت عناصر الاستغلال ، وتوافرت شرائطه ، جاز للقاضى ، بناء على طلب ضحية الاستغلال ، ووفقا للعدالة ، ، ومراعاة لظروف الحال، أن يقضى بإنقاص التزاماته ، إذا رأى أن فى ذلك الإنقاص ما يكفى لرفع الإجحاف عنه .

---

(1) نقض ٢٨ أكتوبر ١٩٣٧ ، مجموعة عمر ، ج٢ ، رقم ٦٦ ، ص ١٧٨ ، ٠البدراوى، ص ٢٩٣، ج١.

– ويجوز للقاضى ، فضلا عن إنقاص التزامات حتميـــة الاســتغلال أن يقضى بإبطال العقد .

– ويجوز فى عقود المعاوضات ، للطرف الآخـــر ، أن يتوقـــى دعـــوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضى كافيا لرفع الغبن [1].

– وفى كل الحالات ، يجب أن ترفع الدعوى بإبطال العقد ، أو بإنقـــاص الالتزامات ، تأسيسا على الاستغلال خلال سنة من تاريخ إبرام العقـــد ، وإلا كانت غير مقبولة .

الفرع الثانى

محـــل العقـــد

لكل عقد محل ، هو العملية القانونية التى يـــراد تحقيقـــها عـــن طريـــق التراضى. ومحل العقد يتنوع بحسب الغاية التـــى يســـعى أطـــراف العلاقـــة التعاقدية إلى تحقيقها.

وعلى ذلك يكون محل عقد البيع مثلا ، هو نقل الملكية فى مقـــابل ثمـــن مادى ، ومحل عقد المقاولة ، تقديم عمل أو خدمة مقابل أجر ، ومحـــل عقـــد الإيجار ، الانتفـــاع بالعين المؤجـــرة مقابـــل أجرة . وهكذا يتنوع محل العقـــد بتنوع الغايات التى يسعى إليها أطرافه .

---

(١) عبد الباقى ، ص ٣٩٨.

ولا يتحقق محل العقد إلا عن طريق إنشاء عدة التزامات على عاتق طرفيه، تسمى بمحل الالتزام . فإذا كان محل عقد البيع – فيما ذكرنا – نقل الملكية مقابل ثمن . فإن محل التزام البائع ، هو نقل الملكية ، ومحل التزام المشتري ، دفع الثمن في الميعاد المتفق عليه . وتبعا لذلك ، فإن محل العقد ، هو مجموع محال الالتزامات الناشئة عنه . وبمعنى آخر ، إذا اكتملت شرائط محل التزام أطراف العقد أمكن القول بأن شروط محل العقد قد تحققت .

وتختلف شروط محل الالتزام ، بحسب ما إذا كان محل الالتزام شيئا ، أو عملا .

فإذا كان محل الالتزام شيئا ، وجب أن يكون هذا الشئ موجودا ، أو قابلا للوجود . وأن يكون الشئ داخلا في دائرة التعامل ، وأن يكون معينا ، أو قابلا للتعيين .

وإذا كان محل الالتزام عملا ، أو امتناعا عن عمل ، وجب أن تتوفر له الشرائط الآتية :

١-أن يكون ممكنا .

٢-أن يكون مشروعا .

٣-أن يكون عملا شخصيا من جانب المدين .

أما محل العقد فلا يشترط فيه سوى ألا يخالف النظام العام أو الآداب .

الفرع الثالث

السبب

قد يقصد بالسبب ، سبب الالتزام ، وهو الإجابة عن السؤال لماذا يلتزم المدين؟ [1] أى لماذا يلتزم المقاول ، بتقديم الخدمة ؟ والإجابة لأن العميل يلزم بدفع الأجر . ولماذا يلزم البائع بنقل ملكية المبيع ؟ والإجابة لأن المشترى يلتزم بدفع الثمن . وهكذا لا يوجد التزام بدون سبب .

وقد يقصد بالسبب ، الباعث الدافع على إبرام العقد ، وهذا هو سبب العقد، ويشترط ألا يكون مخالفا للنظام العام ، والآداب .

وقد جمع المشرع المصرى ، بين سبب الالتزام وسبب العقد .

المطلب الثانى

جزاء تخلف أركان انعقاد العقد ، وشرائط صحته

قدمنا – فيما سبق – أن أركانا ثلاثة يجب توافرها لانعقاد العقد : الرضا، والمحل ، والسبب . وعلى ذلك ، إذا انعدم الرضا لانعدام الأهلية ، أو لعدم تطابق الإرادتين ، اختل ركن التراضى فلا ينعقد العقد ، وبعبارة أخرى يكون باطلا بطلانا مطلقا .

---

(١) البدراوى ، ص ٣١٠ ، بند ٢٢٢.

وإذا تخلف شرط فى محل الالتزام ، أو كان محل العقد ، مخالفا للنظـــام العام، والآداب ، كان العقد باطلا بطلانا مطلقا . وبذا ، فإن البطلان المطلـــق هو الجزاء المترتب على تخلف ركن من أركان العقد .

وعلى عكس ذلك ، إذا وجد التراضى ، ولكنه لم يكـــن صحيحـــا ، إمـــا لنقص أهلية أحد المتعاقدين ، أو لتعيب إرادته بعيب من عيوب الإرادة ، كـــان العقد قابلا للإبطال ، أو باطلا بطلانا نسبيا . فالبطلان النسبى ، هـــو الجـــزاء المترتب على تخلف شرط من شروط صحة الرضا أى بصدوره عن نـــاقص أهلية ، أو من شخص تعيبت إرادته بعيب من عيوب الرضا .

الفرق بين البطلان وغيره من الأنظمة القانونية :

ينبغى التفرقة بين البطلان ، وغيره من الأنظمة القانونية التى قد تقـــترب منه، أو تختلط به . ومن ذلك مثلا ، عدم الاحتجاج بالعقد فى مواجهة الغـــير ، والنسخ ، ووقف العقد .

فيختلف البطلان – بداية – عن عدم الاحتجاج بالعقد فى مواجهة الغير – ذلك أن البطلان – جزاء قواعد تكوين العقد . (أركانه ، وشـــروط صحتـــه) يترتب عليه ، اعتبار العقد كأن لم يكن سواء فيما بين المتعـــاقدين أو بالنســـبة للغير ، أما عدم الاحتجاج بالعقد فى مواجهة الغير . فمعناه أن العقد موجـــود فيما بين المتعاقدين – ينتج جميع آثاره فيما بينهما – ولكنـــه لا يســـرى فـــى مواجهة الغير . ومثال ذلك ، العقد الذى يبرمه المدين المعسر بقصد الإضـــرار بدائنيه ، صحيح فيما بين أطرافه ، المدين ، والمنصرف إليه . ولكنه لا يكـــون

نافذا فى مواجهة الدائن ، إذا طعن عليه بالدعوى البوليصية .. والرهن ، إذا تم قيده ، كان نافذا فى مواجهة الغير ، فإذا لم يقيد ، لا يكون باطلا ، وإنما لا تسرى آثاره فى مواجهة الغير .

كما يختلف البطلان على الفسخ ، وتفسير ذلك ، أن البطلان – فيما ذكرنا – جزاء على قواعد انعقاد العقد (الرضا ، والمحل ، والسبب) أما النسخ، فيفترض أن العقد ، ولد صحيحا ، أى توافرت أركانه وعناصر صحته، ولكن المدين تخلف عن تنفيذ التزام من الالتزامات التى يولدها العقد ، فيجوز للمتعاقد الآخر ، المطالبة بفسخه فبينما البطلان جزاء على تخلف قاعد انعقاد العقد . فإن النسخ جزاء على قواعد تنفيذ العقد .

ويختلف العقد الباطل عن العقد الموقوف . فالأول ، يعنى أن العقد كأن لم يكن بصفة نهائية .

ويختلف العقد القابل للإبطال ، أو الباطل بطلانا نسبيا عن العقد الموقوف المعروف فى فقه الشريعة الإسلامية . فالأول ، عقد صحيح منتج لكل آثاره ولكنه مهدد بالزوال إذا تمسك من وضع البطلان لمصلحته بإبطال العقد . لكن العقد الموقوف ، لا ينتج أى أثر إلا إذا أقره الولى ، أو الوصى بينما هو عقد – فى القانون المصرى – قابل للإبطال ، أى ينتج كل آثاره إلى أن يتمسك صاحب المصلحة " ناقص الأهلية " بإبطال العقد .

المبحث الثانى

آثـــار العقـــــد

إذا ولد العقد صحيحا ، باكتمال أركانه ، وشرائط صحته ، أنتـــج أثـــاره التى تتحصل في إنشاء رابطة ملزمة . وبعبارة أخرى ، إلزام المتعاقدين بتنفيذ العقد . ولذا نصت م١٤٧ من القانون المدنى بأن العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجـــوز نقضــــه ، ولا تعديلـــه إلا باتفـــاق الطرفيـــن ، أو للأســـباب التـــى يقررها القانون .

ويقوم مبدأ القوة الملزمة للعقد على أساس أخلاقى ، واقتصادى .

ويتمثل الأساس الخلقى فى احـــترام العـــهد المقطـــوع . أمـــا الأســـاس الاقتصادى فهو توفير الاستقرار فى المعاملات .

ويكمل مبدأ القوة الملزمة للعقد ، بمبدأ آخر ، هو وجوب تنفيذ العقد طبقـــا لما اشتمل عليه ، وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ..

وإذا كانت القاعدة ، لزوم العقد ، بحيث لا يجوز إنهائه ، ولا تعديلــــه إلا باتفاق أطرافه . فثمة استثناء على القاعدة ، تتمثل فيما يلى :

أولا ، يوجد حالات ، يجوز فيها لأحد المتعاقدين – أى بإرادته المنفـــودة، إنهاء العقد ، إذا وجد شرط فى العقد يجيز لأحد المتعاقدين ذلك . كـــأن يـــبرم عقد توريد لمدة عشر سنوات ، يرد به نص يقضى بحق المورد فـــى إنـــهاء العقد ، بعد ثلاث سنوات مثلا ، بإرادته المنفـــردة . أو إذا وجـــد نـــص فـــى

القانون يسمح بإنهاء العقد من أحد المتعاقدين ، كما هو الحال فى عقود العمل غير محددة المدة ، حيث يجوز للعامل إنهاء العقد بإرادته المنفردة ، حتى لا يعتبر العقد قيدا على حريته الشخصية مدى حياة العامل .

ثانيا ، وهناك حالات ، يتدخل فيها المشرع ، فيقرض رغما عن إرادة المتعاقدين إنهاء العقد ، أو تعديله ، من ذلك ، انتهاء عقد العمل بموت العامل. (م٦٩٧) من القانون المدنى ، وانتهاء شركة التضامن بموت أحد الشركاء (م٥٢٨) مدنى ، وانتهاء الوكالة بموت الوكيل ، أو الموكل (م٧١٤ مدنى) . أو عندما يتدخل المشرع بتعديل سعر الفائدة على العقود السارية وقت صدوره، سواء بالارتفاع أو بالانخفاض .

ثالثا ، وهناك حالات ، يتدخل فيها القاضى بتعديل آثار العقد فى نظرية الظروف الطارئة ، ومعناها ، أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها ، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وإن لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضى تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول .

الجزاء الذى يترتب على عدم تنفيذ الالتزام التعاقدى :

إذا كانت القاعدة ، وجوب تنفيذ الالتزامات التى يولدها العقد . فإن التساؤل يثور بسبب الجزاء الذى يترتب على عدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ؟. والإجابة ، ، وجوب التنفيذ العينى للالتزام . أى إجبار كل متعاقد

على تنفيذ ما التزم به عينا ، إذا كان التنفيذ العينى ممكنا ، وطالب به الدائن فإذا لم يكن التنفيذ العينى ممكنا ، جاز للقاضى أن يحكم بالتعويض عن تخلف المدين عن تنفيذ التزامه . فيما يسمى بالمسئولية العقدية . وقد نصت م٢١٥ من القانون المدنى على ذلك بقولها " إذا استحال على المدين أن ينفذ التزامه عينا ، حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبى لا يد له فيه .

ويبين من ذلك ، أن القاضى ، لا يحكم بالتعويض إلا إذا توافرت شروط ثلاثة : الأول ، وجود خطأ عقدى قد يتمثل فى عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه، أو التأخر فى التنفيذ . والثانى ، وقوع ضرر للدائن ، نشأ عن خطأ المدين وسواء تمثل الضرر الذى أصاب الدائن فى ضرر مادى ، أو ضرر أدبى . إنما يجب أن يكون الضرر مباشراً ومتوقعاً . وأخيراً ، يجب ان يكون خطأ المدين ، هو السبب فى ضرر الدائن ، وهذا ، ما يطلق عليه علاقة السببية .

الفصل الثانى

الواقعـــة القانونيـــة

سبق أن بينا أن الواقعة القانونية هى فعل أو عمل مـــادى يرتـــب عبيـــه القانون أثرا معينا . هذا الأثر إما أن يكون نشوء حق جديد . وإما أن يكـــون انتقال حق ، أو انقضاء هذا الحق . وفى الحالـــة الأولـــى يقـــال أن الوقعـــة القانونية هى مصدر نشوء الحق ، وفى الحالة الثانية ، طرقا لانتقال الحـــق ، وفى الحالة الثالثة ، طريقا لانقضاء الحق .

لذا يكتسب الواقع أهميتها ، ليس باعتبارها فقط مصدرا لنشوء الحق ، بل أيضا ، وسيلة انتقال وانقضاء الحق .

أقسام الوقائع القانونية :

تنقسم الوقائع القانونية إلى وقائع غير اختيارية ، ووقائع اختيارية .

وفى الأولى ، لا دخل للإنسان فى حدوثها ، مثل الفيضان ، والـــزلازل ، والكوارث الطبيعية . ويرتب عليها القانون أثرا هو انقضـــاء الـــتزام المديـــن لسبب أجنبى لا يد له فيه .

والجوار من الوقائع غير الاختيارية ، ويرتب عليها القانون أثرا يتعلـــق بالالتزامات المتبادلة بين الجيران .

ومثال ذلك أيضا وقائع الموت ، التى ترتب نشوء الحـــق فـــى الإرث ، وواقعة الميلاد التى ترتب الحق فى النفقة.

وفيما يتعلق بالوقائع الاختيارية ، وهى التى تقــع بفعــل الإنســان ، أى بإرادته واختياره . وهى إما أن تكون مشروعة ، كالفعل النافع الــذى يــؤدى إلى إثراء شخص على حساب فاعله .

أو غير مشروعة ، كالفعل الضار . وفى الحالتين يرتب القــانون عليــها آثارا معينة . فى الحالة الأولى ، يلزم المثرى فى حدود ما أثرى ، بتعويــض من افتقر عما لحق من خسارة [١].

وفى الحالة الثانية ، يلتزم المخطئ بالتعويض قبل المضرور [٢].

ونخلص من ذلك أن الواقعة القانونية يمكن أن تكــون مصــدرا للحــق الشخصى . ويتمثل ذلك فى العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب . ويمكــن أيضا أن تكون مصدرا للحق العينى . ونوضح ذلك فيما يلى :

المطلب الأول

الواقعة القانونية كمصدرا للحق الشخصى

ويتمثل ذلك فى العمل غير المشروع (م ١٦٣مدنى) ، والإثــراء بــلا سبب (م ١٧٩ مدنى) .

---

(١) م١٦٣ مدنى مصرى " كل فعل سبب ضررا للغير ، يلزم فاعله بالتعويض " .

(٢) م١٧٩ مدنى " كل شخص ولو غير مميز يثرى دون سبب مشــروع علــى حســاب شخص آخر، يلتزم فى حدود ما أثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خساره.

الفرع الأول

العمل غير المشروع " الفعل الضار "

تنص م١٦٣ مدنى على أنه " كل خطأ سبب ضررا للغير ، يلزم فاعلـــه بالتعويض " . فالفعل الضار هنا مصدرا لالتزام المخطئ بـــالتعويض . وقـد بينت هذه المادة أركان المسئولية التقصيرية وهى: الخطأ ، والضرر ، وعلاقـة السببية. وعند اجتماع هذه الأركان الثلاث ، **ينشـــأ للمضـــرور الحـــق فـــى** التعويض . ونحن نوضح بداية هذه الأركان ، **ثم أحكـــام التعويـــض كجـــزاء** للمسئولية المدنية .

أولا : أركان المسئولية المدنية :

١- الخطأ : يعرف الخطأ بأنه **إخلال بما يفرضه القانون من التزام ، مع** إدراك المخل لذلك .

فالخطأ هو إذن ، انحراف أو تعد **عن سلوك الشخص المعتاد من أواســط** الناس ، وع توافر الإدراك لذى المعتدى بـــالواجب القـــانونى . ومـــن هـــذا التعريف نجد أن للخطأ عنصرين هما : **عنصر مـــادى** ، وهـــو الإخـــلال أو الانحراف أو التعدى ؛ **وعنصر معنوى** ، وهو الإدراك ، والتمييز .

أ- العنصر المادى – التعدى :

قد يكـــون الواجب القانونـــى محددا ، **وعندئذ يعتبر الخروج عليه خطأ** يرتب المسئولية المدنية إذا سبب ضررا للغير .

فقانون المرور يحدد لقائدى السيارات السير على يمين الطريق ، وعدم تجاوز حد معين من السرعة ، ومخالفة هذا الواجب المحدد يعد انحرافا مكونا للخطأ .

وفى غير الحالات التى يوجد فى صددها نصوص قانونية محددة ، فالأصل هو حرية الإنسان فيما يأتيه من عمل ، أو الامتناع عن عمل . وبالتالى ، فإن الإنسان لا يسأل كقاعدة عامة عن سلوكه فى هذا الشأن ، بشرط ألا ينحرف عن السلوك الطبيعى أو المعتاد بما يؤدى إلى الإضرار بالغير [1].

ويعتبر السلوك مخطئا إذا انحرف عن سلوك الرجل المعتاد ، فتقدير الانحراف أو التعدى يؤخذ فيه بمعيار موضوعى . يقاس سلوك الشخص متوسط الذكاء . ولا يؤخذ فيه بمعيار شخصى أو ذاتى بمقياس المتعدى نفسه. فإذا لم يكن سلوك الشخص – بالنظر إلى متوسط الذكاء – تعديا ، فإن ركن الخطأ لا يقوم .

ومثال ذلك أن يرتكب (أ) حادثة بسيارته . فإن تقدير الخطأ لا يراعى فيه ظروفه الشخصية من حيث طباعه وحالته النفسية ، وضعف بصره أو حالته الصحية ، بل يقارن مسلك الشخص بالمسلك الذى كان يتبعه الرجل المعتاد إذا وجد فى نفس الظروف الخارجية .

أى أنه لا يقاس بمعيار ذاتى ، أو بمعيار المخطئ نفسه بل بمعيار

---

(١) فى هذا المعنى : حمدى عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص٢٠٧ .

موضوعـــى يعتد فيه بالظروف الخارجيـــة للحادث ، مثل الزمـــان والمكـــان، والقيادة تحت الأمطار ، والمدينة ، والريف .. إلخ[1] .

١- العنصر المعنوى : الإدراك أو التمييز :

من البديهى أن يكون خطاب المشرع موجها إلى أشخاص يمكنـــهم إدراك وتمييز هذا الخطاب بشأن الواجبات القانونية . وعلى ذلك فإن عديـم الإدراك ، والتمييز يرتب عدم المسئولية ، وبالتالى لا يعد منها الشخص مخطئا [2].

ويكفى فى هذا الصدد أن يتوافر التمييز (م١٦٤/١ مدنى) ولا يشـــترط بلوغ سن الرشد . فالصبى الذى بلغ سن الســابعة يكــون مســئولا مسـئولية تقصيرية كاملة . والذى لا يسأل فقط هو عدم التمييز - المجنون - والطفـــل قبل سن السابعة .

والعبرة فى وجود التمييز أو عدمه هو وقت ارتكاب الفعل الضار ، فـإذا ارتكب الشخص الفعل الضار وكان عديم التمييز ، لا يسأل حتى ولو كان بعـد ذلك مميزا ، والعكس صحيح .

ومع ذلك فقد نصت المادة ٢/١٦٤ مدنى على أنه " إذا وقع الضرر مـــن شخص غير مميز، ولم يكن هناك من هو مسئول عنه أو تعذر الحصول علـــى تعويض من المسئول ، جاز للقاضى أن يلزم من وقـــع منه الضرر بتعويض

---

(١) ويكون مسلك المتعدى عليه مشروعا إذا كان فى حالـــة دفـاع شــرعى ، أو حالـــة الضرورة أو كان ينفذ أمرا صادرا من رئيس .

(٢)أحمد شوقى عبدالرحمن ، المرجع السابق ، ص١٨٢ وما بعدها .

بتعويض عادل ، مراعيا فى ذلك مركز الخصوم " .

وهذا النص يعالج الحالة التى يكون فيها السلوك الخاطئ لعديم التمييز قد سبب أضرارا فادحة للغير ، بينما هو ثريا واسع الثراء . لذلك ألزمه المشرع بدفع تعويض عادل .

الركن الثانى : الضرر

الضرر : هو الخسارة التى تلحق بحق من الحقـــوق أو مصلحـــة مـــن مصالح الإنسان سواء كانت هذه المصلحة مادية أو معنوية .

من هذا التعريف نرى أن الضرر نوعان

ضرر مادى : يصيب الإنسان فى جسمه أو ماله .

ضرر أدبى : يصيب الإنسان فى شرفه واعتباره .

والضرر ليس فقط ركنا فى المســئولية التقصيريـــة بـــل وأيضـــا فـــى المسئولية التعاقدية ، والقاعدة أن انتفاء الضرر يعنى انعــدام المصلحـــة فـــى التعويض . ومعروف أنه لا دعوى بلا مصلحة .

ويشترط أن يكون الضرر محققا ولا يعنى ذلك أن يتحقق الضرر فعــلا بمجرد التعدى . بل يكفى أن يكون محققا مستقبلا ، فالقانون يعتد إذن بــالضرر المستقبل على أن يكون مؤكد الحدوث وليس محتمل الحدوث .

الركن الثالث : علاقة السببية

ومعنى علاقـــة السببية أن يكون الضـــرر قد سببه الخطأ أو أن يكـــون

الضرر هو النتيجة الطبيعية للخطأ . فإذا دس (أ) السم ل (ب) وتناوله الأخير ومات . فعلاقة السببية تحقق هنا بين الخطأ ، والضرر .

وفى نفس المثال ، لو افترضنا أن جاء (ج) وأطلق عيارا ناريا على (ب) فأراده قتيلا فإن علاقة السببية تنقطع بين دس السم من (أ) وموت (ب) . فيشترط إذن أن تكون علاقة السببية مباشرة . وتنتفى رابطة السببية بتحقق السبب الأجنبى ، مثل القوة القاهرة ، والحادث الفجائى وخطأ المضرور وخطأ الغير .

ثانيا : التعويض ، جزاء المسئولية المدنية :

عندما يرتكب الشخص جريمة من الجرائم فإن الجزاء على ذلك هو العقوبة الجنائية ، وهى تستهدف الردع والزجر حتى لا يعود الجانى إلى ارتكاب الفعل المجرم . وقد يكون لها أيضا وظيفة وقائية . وعلى العكس من ذلك ، فإن التعويض المدنى يقصد به جبر الضرر الذى أصاب المضرور من جراء الخطأ الذى وقع .

والتعويض يمكن أن يكون تعويضا نقديا أو عينيا .

والتعويض النقدى هو الحكم على المخطئ بمبلغ من النقود لصالح المضرور لجبر الضرر . وغالبا ما يقضى بالتعويض فى المسئولية التقصيرية .

ويترك لقاضى الموضوع سلطة تقدير المبلغ المناسب لجبر الضرر الذى وقع . ويسترشد القاضى فى ذلك مثلا بطلب المصاب وظروف الحال ، وهو

يقاس عادة على أساس الضرر الذى لحق المدعى . وهو يشمل الخسارة التى لحقت المدعى والكسب الذى فاته ،وقياس الضرر فى المسئولية التقصيرية يختلف عنه فى المسئولية العقدية .

فهو يشمل الضرر المتوقع فى المسئولية التقصيرية . بينما لا يشمل إلا الضرر المتوقع فى المسئولية العقدية [1].

وإذا كانت جسامة الخطأ وظروف المتعدى الشخصية ، من فقر وثراء ، ولا يعتد بها فى تقدير التعويض ، إلا أن المحاكم فى مصر وفرنسا تميل إلى زيادة المبلغ المحكوم به إذا كان الخطأ جسيماً أو كان المتعدى ثريا وإلى إنقاص التعويض فى حالة فقر المتعدى ، أو إذا كان الخطأ يسيرا .

والعبرة فى تقدير التعويض بمقدار الضرر يكون عند صدور الحكم وليس وقت وقوع الضرر ، ولا وقت رفع الدعوى [2].

الفرع الثانى

الإثراء بلا سبب " العمل النافع "

المبدأ العام المقرر فى القانون المدنى أن كل شخص ، ولو كان غير مميز ، يثرى دون سبب مشروع على حساب شخص آخر يلتزم فى حدود ما

---

(١) فيما عدا حالة الغش أو الخطأ الجسيم ، فيسأل فيها المدين عن كافة الأضرار التى لحقت الدائن سواء كانت متوقعة أو غير متوقعة .

(٢) أحمد شوقى عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص١٨٦ .

أثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة .

وقد نص على هذا المبدأ فى المادة ١٧٩ مدنى .

ووردت تطبيقات تشريعية على الإثراء بلا سبب فى (م١٨١) مدنى التى تتعلق بدفع غير المستحق ، و (م١٨٨ مدنى) وهى الخاصة بأحكام الفضالة .

ونحن نتكلم فى المبدأ العام فى الإثراء بلا سبب ، ثم نتناول تطبيقات تشريعية له فى أحكام دفع غير المستحق ، وأحكام الفضالة بإيجاز [١].

١- المبدأ العام فى الإثراء بلا سبب

ذكرنا أن المشرع يأخذ - كقاعدة عامة - باعتبار أن كل من أثرى على حساب شخص آخر بدون سبب قانونى يلتزم بتعويضه .

ويتضح أن شروط تطبيق المبدأ هى :

أولا : إثراء المدين " المدعى عليه " والإثراء قد يكون ماديا ، وقد يكون معنويا .

ثانيا : افتقار الدائن " المدعى " ، فإذا لم يوجد افتقار فى جانب أحد فلا يلزم المثرى بشئ .

ويجب أن يكون افتقار الدائن هو الذى تسبب فى إثراء المدين ، بمعنى

---

(١) ونحيل فى ذلك إلى المؤلفات الخاصة بالمصادر اللاإرادية للالتزام : حسن عبد الرحمن قدوس ، المصادر اللاإرادية للالتزام ، ط١٩٩٠ ، وانظر أيضا بإيجاز : أحمد شوقى عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص١٨٦ وما بعدها ؛ السنهورى ، الوسيط ، مصادر الالتزام ، ص١٢٢ وما بعدها . .

أنه ينبغى توافر علاقة السببية بين الافتقار ، والإثراء .

٣- انعدام السبب القانونى :

وانعدام السبب القانونى هو الذى يبرر التزام المثرى بتعويض المفتقر .

٢- التطبيقات التشريعية لقاعدة الإثراء بلا سبب :

قلنا أن أهم هذه التطبيقات التشريعية هى دفع غير المستحق ، والفضالة . وذلك بإيجاز على النحو التالى :

أولا : دفع غير المستحق

هو الوفاء بدين غير واجب على الموفى فينشأ التزام فى ذمة الموفى له برد ما استوفاه بدون حق .

وقد نصت المادة ١٨١ مدنى على أن " كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقا له وجب عليه أداؤه " .

ودفع غير المستحق ينشأ أساسا من الوفاء المعيب . مثال ذلك : الوارث الذى يوفى دينا يتوهم أنه على التركة بما يتضح فيما بعد أن التركة غير محملة بأية ديون .

كذلك الحال فى الوفاء بدين متعلق على شرط لم يتحقق ، أو الوفاء بدين سبق الوفاء به ، وانقضى .

فشروط دفع غير المستحق ، هى أن يحصل وفاء ، وأن يكون هذا الوفاء معيبا .

والوفاء بغير المستحق ، يعتبر تطبيقا تشريعيا للإثراء بلا سبب لأن من يستوفى ما ليس له حق فيه فإنه يثرى على حساب الموفى بدون سبب . ولهذا فهو يلتزم بالرد .

ولكن مقدار ما يلتزم الموفى له برده يتوقف على ما إذا كان حسن النية " أى يعتقد أن يتلقى من الموفى حقا له " - أو إذا كان سيئ النية " يعلم أن ما يتلقاه ليس مستحقا له " .

فى الحالة الأولى : نصت المادة ٢/٨٥ مدنى إلى أنه " إذا كان من تسلم غير المستحق حسن النية فلا يلتزم أن يرد إلا ما تسلم .

وفى الحالة الثانية : تقول نفس المادة " أما إذا كان سيئ النية فإنه يلزم بأن يرد أيضا الفوائد والأرباح التى جناها ، وتلك التى قصر فى جنيها من الشئ الذى تسلمه بغير حق، وذلك من يوم الوفاء، أو من اليوم الذى أصبح فيه سيئ النية ".

ثانيا : الفضالة [(١)]:

الفضالة ، هى تولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزما بذلك .

والمثال الجوهرى فى الفضالة ، أن يتولى شخص إسعاف آخر من إصابة مفاجئة ، أو يتولى الجار إقامة جدار لمنع سقوط منزل جاره . وطرفى الفضالة هما المتدخل فى شئون الغير ، وقد أسماه القانون الفضولى ، ومن ثم

---

(١) راجع نص م١٨٨ مدنى؛ وانظر السنهورى ، المرجع السابق ، ص١٢٢٨ وما بعدها .

التدخل لمصلحته ، ويسمى رب العمل .

وتنص المادة ١٩٥ مدنى على أن " يعتبر الفضولى نائبا عن رب العمل متى كان قد بذل فى إدارته عناية الشخص المعتاد ، ولو لم يتحقق النتيجة المرجوة .

وفى هذه الحالة يكون رب العمل ملزما بأن ينفذ التعهدات التى عقدها الفضولى لحسابه ، وأن يعوضه عن التعهدات التى التزم بها ، وأن يرد له النفقات الضرورية ، والنافعة التى سوغتها الظروف ، مضافا إليها فوائدها من يوم دفعها ، وأن يعوضه عن الضرر الذى لحقه بسبب قيامه بالعمل ، ولا يستحق الفضولى أجرا على عمله إلا أن يكون من أعمال مهنته " .

ومن هذا النص يبين أن التزامات رب العمل تتحدد فيما يلى :

أولا : تنفيذ التعهدات التى عقدها الفضولى بالنيابة عن رب العمل .

ثانيا : تعويض الفضولى عن التعهدات التى عقدها باسمه شخصيا .

ثالثا : كما يلزم بأن يرد النفقات الضرورية ، والنافعة ، وأن يدفع له أجرا على عمله .

رابعا : وأخيرا يلزم العمل بتعويض الفضولى عن الضرر الذى لحقه بسبب قيامه بالعمل .

كما تتحدد التزامات الفضولى فيما يلى :

أولا : يلتزم الفضولى بأن يمضى فى العمل الذى بدأ القيام بـــه إلـــى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه .

ثانيا : يلتزم الفضولى بأن يخطر رب العمل متى استطاع ذلك ، حتـــى يستطيع هذا الأخير أن يباشر العمل بنفسه ، ويمنع الفضولـــى – إذا كان ذلك مناسبا – من الاستمرار فى العمل الذى بدأه .

ثالثا : كما يلتزم الفضولى بأن يبذل فى قيامه بالعمل عنايـــة الشـــخص المعتاد ، أى ينبغى ألا ينحرف عن السلوك المـــألوف للشـــخص العادى .

رابعا : وأخيرا ، يلتزم الفضولى بتقديم حساب لرب العمل ، كما يلـــتزم بأن يرد إلى رب العمل ما يكون قد استولى عليه بسبب الفضالة.

المطلب الثانى

الواقعة القانونية كمصدر للحقوق العينية

إذا كانت الواقعة القانونية كما رأينـــا . مصـــدرا للحقـــوق الشـــخصية " الالتزامات " – كما هو الحال فى العمل غير المشروع – والإثراء بلا ســـبب . فإنها أيضا مصدرا للحقوق العينية وهذا هو موضوع حديثنا .

وقد حدد القانون وقائع قانونية معينة باعتبارها مصدرا لاكتساب الحقوق

العينية ومنها الحيازة ، والاستيلاء ، والشفعة ، والميراث ، والالتصاق .

أولا – الحيازة :

وتعرف الحيازة بأنها سيطرة مادية على شئ مادى " عقـار أو منقـول " بقصد اكتساب حق ملكية أو أى حق عينى آخر . ويظهر الحائز فى الحيـازة بمظهر المالك أو صاحب الحق العينى .

ويكتسب الحائز – بشروط معينة – الملكية عند وضع يده على شئ غـير مملوك له . ويتضح من التعريف السابق أن الحيازة لكى توجد لابد من توافـر عنصرين .

عنصر مادى يتمثل فى وضع اليد على الشئ .

والعنصر المعنوى هو نية التملك [1] أى أن يكون الحائز قد أراد الحيـازة لحساب نفسه .

فإذا توافرت الحيازة بعنصريها فإنها تؤدى إلى اكتساب الحق العينى على العقار أو المنقول ، ويفرق هنا بين فرضين

الفرض الأول : ويكون فيه الحائز حسن النية . وحسن النيـة معنـاه أن يضع يده على الشئ معتقدا أنه المالك ، وفى هذا الفرض تنص م ٩٧٦ مدنـى " يتم اكتساب حق الملكيـة على العقـار إذا توافرت الحيازة واستمرت لمدة

---

(١) انظر تفاصيل ذلك عند عبد المنعم البدراوى، حق الملكية، ص٤٢٥وما بعدها ؛ حمـدى عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص ٢١١.

خمس سنوات ، بشرط توافر حسن النية ، والسبب الصحيح " هذا عن العقار.

وبالنسبة للمنقول فتنص م ١/٩٧٦ مدنى على أنه " من حاز بسند صحيح منقولا أو حقا عينيا على منقول ، أو سندا لحامله فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت الحيازة . وقد استخلص الفقه من ذلك أن الحيازة فى المنقول سند الحائز .

الفرض الثانى : أن يكون الحائز لعقار أو منقول قد امتدت حيازته أكثر من خمس عشرة عاما دون انقطاع . وهذه المدة بذاتها تكفى لاكتساب الحق العينى بصرف النظر عن أية شروط أخرى . فلا يشترط أن يكون الحائز حسن النية ولا يشترط أن يكون قد توافر لديه السبب الصحيح .

ونخلص من ذلك أن الحيازة فى المنقول سند الحائز إذا كان حسن النية . وإذا توافر حسن النية والسبب الصحيح واستمرت الحيازة مدة خمس سنوات فإن الحائز يكتسب الحق العينى على العقار .

فإذا استمرت الحيازة مدة أكثر من خمس عشر عاما فإن ذلك يكفى لاكتساب الحائز الحق العينى دون أية شروط أخرى .

ثانيا :الاستيلاء

يتم اكتساب الملكية بالاستيلاء،حيث يضع شخص يده على شئ ، منقول أو عقار ، بنية تملكه .

وفيما يتعلق بالمنقول أوضحت م ٨٧٠ مدنى أن " من وضع يده على

منقول لا مالك له ، بنية تملكه ، ملكه ".

والمقصود بالمنقول الذى لا مالك له هى المنقولات المباحة كالطيور في الهواء ، السمك فى الماء ، والحيوانات التى لا مالك لها .

ومع ذلك فإن الاستيلاء لا يطبق على المنقولات الأثرية [1] منها من أملاك الدولة العامة .

أما بالنسبة للعقارات ، فلا استيلاء على العقارات المملوكة " الأراضي الصحراوية " [2].

ثالثا : الالتصاق

يمكن أن يعرف الالتصاق بأنه " اندماج شيئين غير مملوكين لشخص واحد ، وفيه فإن الشخص يكتسب ملكية شئ لا يمتلكه لاندماجه فى شئ آخر يمتلكه بقوة القانون أو بحكم القضاء [3].

والالتصاق قد يحث بفعل الطبيعة كالطمى الذى يلتصق بالأرض ويؤدى إلى اتساع رقعتها .

والالتصاق من الوقائع القانونية التى ترتب ملكية مالك الشئ الأصلى

(١) وهى تخضع لأحكام القانون رقم ٢١٥ لسنة ١٩٥١ ؛ وانظر أيضا أحكام الأشياء الضائعة ؛ وأحكام الكنز المدفون أو المخبوء ؛ حمدى عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص ٢١٣ وما بعدها .

(٢) القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤.

(٣) راجع حمدى عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص ٢١٤ ، بند ١٣٧.

للشئ التابع . فصاحب الأرض يكون مالكا لما يقام عليها من بناء ويقرر للبانى الحق فى التعويض " حيث يتحدد مداه وفقا لحسن نيته أو سوء نيته "[1].

وقد نصت م ٩١٨ مدنى على أن " الأرض التى تتكون من طمى يجلبه النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة تكون ملكا للملاك المجاورين ".

وفيما يتعلق بالمنقول نصت م ٩٣١ مدنى على أنه " إذا التصق منقولان لمالكين مختلفين بحيث لا يمكن فصلهما دون تلف ولم يكن هناك اتفاق بين المالكين ، قضت المحكمة فى الأمر مسترشدة بقواعد العدالة ومراعية فى ذلك الضرر الذى حدث ، وخاله الطرفين ، وحسن نية كل منهما ".

وبالتالى فقد يحكم القاضى بالملكية لأحد المالكين .

وقد يقضى ببيع الشئ وقسمة الثمن بين الطرفين .

---

(١) أحمد شوقى عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص ٢٠٠.

الباب الثالث

الحماية القانونية للحـــق

تمهيد وتقسيم :

ذكرنا بأن الحق استئثار شخص بقيمة معينة ، فى ظل حماية القـــانون . فالحماية القانونية عنصر فى الحق ، ولا حق بدون وسائل تحميــه . وفضـــلا عن ذلك فالحماية القانونية هى التى تربط الحق بالقانون ، بحيـــث لا يكتمـــل وجود الأول بغير الثانى ، إنهما ، وجهان لمسألة واحدة .

ونلفت النظر إلى مسألتين : **الأولى** ، أن الهدف من الحمايـــة القانونيـــة للحق هو تحقيق مصلحة صاحب الحق ، إذا كانت هذه المصلحة تتفـــق مـــع المصلحة العامة . ولذا ، فالقانون لا يحمى صاحب الحـــق إلا إذا تقيـــد فـــى استعمال حقه بقيود عدة ، إذا تخلف واحد منها اعتبر متعسفاً فى استعمال حقــه فلا يتدخل لحمايته. وبعبارة أخرى ، فإن نطاق الحماية مشروط بعدم تعســـف صاحب الحق فى استعماله .

والمسألة الثانية ، وهى نتيجة للأولى ، إن وســـيلة الحمايـــة القانونيـــة تختلف باختلاف المصلحة المقصودة . فـــهى الدعـــوى الجنائيـــة ، إذا كـــان الاعتداء على الحق يمس بمصلحة الجماعة بما فى ذلك مثلاً الاعتـــداء علـــى الحقوق العامة ، أو الحقوق اللصيقة بالشخصية .

أمـــا إذا كـــان الاعتداء على حـــق خاص لآحاد الناس ، فلا يمثل ذات

الخطورة على مصلحة الجماعة ، وبالتالى فإن وسيلة الحماية القانونيـــة هـــى الدعوى المدنية .

وفيما يلى نعرض وسائل الحماية القانونية للحقوق ، فى (مبحـــث أول) ثم التعسف فى استعمال الحق ، فى (مبحث ثان).

المبحث الأول

وسائل حماية الحق

الحماية القانونية للحق، تختلف باختلاف طبيعة الحق المقصود بالحماية، فإن وقع الاعتداء على حق يمس مصلحة الجماعة ، كانت وسيلة الحماية هي الدعوى الجنائية ، وإن كان الاعتداء على حق خاص من الحقوق المالية، فإن وسيلة الحماية القانونية هى الدعوى المدنية . ونفصل ذلك فيما يلى :

المطلب الأول

الحماية الجنائية للحقوق

إذا وقع اعتداء على حق ما ، يتصل بأمن أو مصلحة الجماعة فإن الاعتداء لا يعتبر واقعاً على صاحب الحق وحده ، بل على الجماعة نفسها .

وتبعاً لذلك ، إذا وقع اعتداء على حق من الحقوق اللصيقة بالشخصية ، التى تتصل بكيان المادى للإنسان بما فى ذلك حق الإنسان فى الحياة ، وحقه فى سلامة جسمه ، فإن ذلك يتصل بمصلحة المجتمع ، وبالنظام العام فيه ، وبالتالى تصبح وسيلة الحماية القانونية هى الدعوى الجنائية (العمومية) وتصبح مسئولية المعتدى مسئولية جنائية ، ويقتصر حق رفع الدعوى على النيابة العامة بوصفها ممثلة للمجتمع فى الدعوى الجنائية .

إلا أنه يجوز لمن لحقه ضرر من الجريمة ، أن يقيم نفسه مدعياً بـــالحق المدنى ، بالتعويض مثلاً عما نشأ عن الجريمة من أضرار مادية ، أو أدبيـــة . ذلك أن الدعوى الجنائية ، قد تنتهى إلى الحكـــم بالعقوبـــة علـــى المعتـــدى ، والعقوبة وسيلة المجتمع للردع والزجر . أما الضـــــرر الـــذى ترتـــب علـــى الجريمة للمعتدى عليه ، فلا يتسنى دفعه إلا برفع الدعوى المدنيـــة لتعويضـــه عن أضرار الجريمة ، ووقف هذا الاعتداء .

على أن اجتماع شروط المسئولية الجنائية ، والمسئولية المدنية لا يتحقـــق فقط بالنسبة للاعتداء على الحقوق اللصيقة بالشخصية بل يتحقق كذلك ، فـــــى جرائم مالية أخرى ، كالسرقة ، أو النصب أو خيانة الأمانة .

وأياً ما كان الأمر ، فيجوز للمضرور من الجريمة ، رفع دعواه المدنيـــة بالتعويض أمام المحكمة الجنائية التى تنظر الدعوى الجنائية فيما يسمى بتبعيـــة الدعوى المدنية للدعوى الجنائية .

وإذا أصدرت المحكمة الجنائية حكماً فى الدعوى الجنائية ، فإن المحكمـــة المدنية التى تنظر دعوى التعويض عن الجريمة ، تتقيد بما ورد فـــى الحكـــم الجنائى من وقائع .

المطلب الثانى

الحماية المدنية للحق

ذكرنا بأن الاعتداء على الحقوق الخاصة للأفـــراد، لا يكون له ذات الخطورة

بالنسبة للاعتداء على الحقوق التى تمس بمصلحة الجماعة . ولذا ، فأن وسـيلة القانون لحماية الحقوق الخاصة من الاعتداء تختلف بــاختلاف نـوع الحـق المعتدى عليه ، على النحو التالى :

أولاً : فى حالة الاعتداء على حق من الحقوق اللصيقة بالشخصية :

نذكّر بأن الحقوق اللصيقة الشخصية هى الحقوق التى تتصـل بالإنسـان لأنه إنسان ، وتهدف إلى المحافظة على كيانه المادى (حياته وسلامة جسـمه) وكيانه المعنوى (اسمه ، وسمعته وشرفه ، وحقه فى مباشرة حرياته).

والاعتداء على أى من الحقوق اللصيقة بالشخصية يتولد عنـه – فيمـا ذكرنا – فضلاً ع الدعوى الجنائية ، حق المعتدى عليه ، أو ورثته فى رفـع الدعوى المدنية بالتعويض عن الضرر ، وبوقف الاعتداء . ولذا نصـت م ٥٠ من القانون المدنى ، بأنه لكل من وقع اعتداء غير مشـروع فـى حـق مـن الحقوق الملازمة لشخصيته ، أن يطلب وقف هذا الاعتداء ، مـع التعويـض عما يكون قد لحقه من ضرر .

وعليه ، فإن وقف الاعتداء ، والتعويض عن الضرر ، وسيلتان للحمايـة القانونية ، للحقوق العامة ، أو الحقوق اللصيقة بالشخصية .

ثانياً : بالنسبة للحقوق المالية :

الحقوق المالية – على ما رأينا – قد تكون عينية ، أو شخصية .

أما الأولى ، فوسيلة الحماية هى الدعوى العينية ، بما فى ذلك دعاوى الحيازة (دعوى استرداد الحيازة ، ودعوى منع التعرض ، ودعوى وقف الأعمال الجديدة) إذا تعلق الأمر بمجرد الحيازة ، أى وضع اليد على ملك الغير بنية تملكه ، بشروط ، وإجراءات رسمها القانون .

وكذا ، يجوز للمنتفع ، إذا اعتدى على حقه فى الانتفاع ، أن يرفع دعوى على من ينكر حقه فى الانتفاع .

ويجوز لصاحب الارتفاق ، رد الحماية القانونية فى مواجهة من ينكر عليه حقه .

وفضلاً عن الدعوى العينية – على النحو الذى بسطناه – يجوز لصاحب الحق العينى ، أن يرفع الدعوى بالتعويض عما أصابه من ضرر .

أما بالنسبة للحقوق الشخصية ، وهى رابطة بين شخصين أو أكثر ، تخول لأحدهما وهو " الدائن " مطالبة الآخر " المدين " بالقيام بعمل ، أو بالامتناع عن عمل ، أو إعطاء شئ .

وبذا ، فإن وسائل حماية الدائن فى مواجهة المدين المتخلف عن الوفاء بالتزاماته ، متعددة ، فقد تكون بداية التنفيذ العينى الذى يتم – إذا توافرت شروطه – بجبر المدين على تنفيذ التزامه . فإذا لم تتوافر شروط التنفيذ العينى أمكن للدائن المطالبة بالتنفيذ بمقابل " أى بالتعويض عما أصابه من ضرر يشمل الخسارة المتحققة ، والكسب الفائت ".

المبحث الثانى

التعسف فى استعمال الحق

الحماية القانونية فيما رأينا ، وسيلة لحماية الحقوق ، بغية تحقيق مصلحة جديرة بالاعتبار ، أى تستأهل حماية القانون . ولا يتحقق ذلك فى صاحب الحق ، الذى يتعسف فى استعماله . وترتيباً على ذلك فمن يستعمل حقه استعمالاً غير مشروع ، يكون مسئولاً بالتعويض عما يحدث من أضرار . وعلى عكس ذلك ، فإن من يستعمل حقه استعمالاً مشروعاً ، لا يكون مسئولاً عما ينشأ من ضرر .

وفرق بين التعسف فى استعمال الحق ، وتجاوز حدود الحق . فمن يتعسف فى استعمال حقه ، يستعمل حقه فى الحدود المرسومة له ، ولكن القانون لا يقر هذا الاستعمال . أما من يتجاوز حدود حقه ، لا يستعمل حقه فى نطاقه ، وإنما يخرج عن هذا النطاق ، فيعتدى على حق الغير .

حالات التعسف فى استعمال الحق :

نصت م٤/ مدنى على أن من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر .

ونصت م٥/ مدنى على أنه " يكون استعمال الحق غير مشروع فى الحالات الآتية :

(١) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير .

(٢) إذا كانت المصالح التى يسعى إلى تحقيقها قليلة الأهميـــة بحيـــث لا تتناسب البتة مه ما يصيب الغير من ضرر بسببها .

(٣) إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة .

ويبين من النص الأخير خصوصاً ، أن معايير التعســف فـــى اســتعمال الحق ثلاثة ، نعرض لها بالتفصيل الآتى :

أولاً : قصد الإضرار بالغير :

يكون الشخص متعسفاً فى استعمال حقه ، إذا استعمله قاصداً الإضـــرار بالغير . ولا يغير من ذلك ، أن يكون استعمال الحق قد عاد علـــى صاحبـــه ببعض المنفعة . كما لا يغير من اعتبار الشخص متعسفا فى هذه الحالـــة ، أن يختلط لديه قصد الإضرار بالغير مع قصد تحقيق منفعة له. وترتيباً على ذلـك، إذا بنى (أ) حائطا فى ملكه ، فالأصل أنه يستعمل حقه، أما إذا قصد مـــن وراء البناء ، حجب النور، أو الهواء على جاره ، كان متعسفاً فى استعمال حقه.

وإذا قام صاحب العمل بفصل العامل ، لحالة من الحالات الواردة بالمـــادة ٦١ من قانون العمل ، فهو يستعمل حقه ، فإن تبين أن الفصل كـــان بقصـــد الانتقام منه ، أو بقصد التشهير به كان متعسفاً فى استعمال حقه .

ويبقى أن نوضح ، بأن قصد الإضرار بالغير ، واقعة مادية يمكن إثباتـــها بكافة وسائل الإثبات بما فى ذلك البينة، أو شهادة الشهود، أو القرائن . بما فـــى ذلك مثلاً أن صاحب الحق لم يكن له أية مصلحة أو تبين أن مصلحته تافهة[١]

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ، ص ٣٢.

ثانياً : ضآلة المصلحة مقارنة بالضرر :

وهذه الحالة تختلف عن سابقتها ، فى أن صاحب الحق لا يستعمل بقصد الإضرار بالغير ، وإنما بغية تحقيق مصلحة تعتبر تافهة مقارنة بما يصيب الغير من أضرار . ويكون لقيام التعسف فى هذه الحالة ، أن يثبت رجحان الضرر على المصلحة . فإن تبين أن المصلحة ، ترجع الضرر لمن يكن صاحب الحق متعسفاً فى استعمال حقه . وتقدير ما إذا كانت المصلحة ضئيلة أو تافهة مقارنة بالضرر الذى ينشأ ، أو غير ذلك ، مسألة موضوعية تحكم فيها محكمة الموضوع ، بدون رقابة من محكمة النقض . وتأكيداً لذلك نصت م ٢/٧١٨ مدنى على أنه " ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختاراً بدون عذر قوى إذا كان هذا يضر الجار الذى يستتر ملكه بالحائط ".

ونصت م ١٠٢٩/ مدنى على انقضاء حق الارتفاق ، إذا أصبح مجرد عبئ على ملك الغير . أى لم تعد المنفعة التى تعود منه ، ترجح الأضرار التى تترتب على العقار المرتفق به .

ثالثاً : عدم مشروعية المصلحة :

لا شك بأن الشخص يكون متعسفاً فى استعمال حقه إذا كانت المصلحة التى يتغياها صاحب الحق غير مشروعة . بما فى ذلك استعمال المنزل لأغراض منافية للآداب العامة . وأن يفصل صاحب العمل ، أحد عماله بسبب نشاطه النقابى . أن يبنى (أ) مصنعاً فى منطقة سكنية يتصاعد منه العادم الملوث للبيئة .

الفهرس

الموضـــــوع	الصفحة
تمهيد :	٧
الكتاب الأول : النظرية العامة للقانون	
الفصل الأول : تعريف القانون ، وخصائصه ، وأقسامه	٩
المبحث الأول : تعريف القانون ، وخصائصه	١٠
أولا : خصائص القاعدة القانونية	١١
١- القاعدة القانونية عامة ومجردة	١٢
٢- القاعدة القانونية تنظم السلوك الاجتماعى........................	١٤
٣- القاعدة القانونية تقترن بجزاء	١٥
١- خصائص الجزاء فى القاعدة القانونية	١٦
٢- صور الجزاء فى القاعدة القانونية.............	١٧
أ- الجزاء الجنائى	١٧
ب- الجزاء المدنى	١٨
ثانياً : التمييز بين القواعد القانونية وبين غيرها من القواعد الاجتماعية	٢١

الموضـــــوع	الصفحة
١- القواعد القانونية ، والقواعد الدينية	٢١
٢- القواعد القانونية ومبادئ الأخلاق	٢٢
المبحث الثانى : أنواع القواعد القانونية	٢٤
تقسيم :	٢٤
المطلب الأول : القواعد الآمرة ، والقواعد المكملة	٢٤
١- تعريف	٢٤
٢- معيار التمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة	٢٨
أولاً : المعيار الشكلى	٢٩
ثانياً : المعيار الموضوعى	٣٠
المطلب الثانى : القانون الموضوعى والقانون الإجرائى	٣٢
المحور الأول : القانون الإجرائى	٣٣
١- قانون المرافعات	٣٣
٢- القانون الدولى الخاص	٣٤
٣- قانون الإجراءات الجنائية	٣٦
المحور الثانى : القانون الموضوعى	٣٧
أولاً : فروع القانون العام	٣٧

الموضـــــوع	الصفحة
١- القانون الدولى العام	٣٧
٢- القانون الدستورى..	٣٩
٣- القانون الإدارى	٣٩
٤- القانون المالى	٤٠
٥- القانون الجنائى	٤٠
ثانياً : فروع القانون الخاص	٤١
تقسيم :	٤١
١- القانون التجارى	٤١
٢- القانون البحرى	٤٢
٣- القانون المدنى	٤٣
٤- قانون العمل	٤٤
الفصل الثانى : مصادر القانون	٤٥
تعداد مصادر القانون	٤٥
المبحث الأول : المصادر الرسمية	٤٧
تعداد المصادر الرسمية..	٤٧

الموضـــــوع	الصفحة
المطلب الأول : التشريع	٤٨
الفرع الأول : مزايا التشريع وعيوبه	٤٩
الفرع الثانى : أنواع التشريع	٤٩
١- الدستور (التشريع الأساسى)	٥١
٢- التشريع العادى	٥٢
أ- حالة الضرورة	٥٣
ب- التفويض	٥٣
الرقابة على صحة التشريع	٥٤
التشريع الفرعى أو اللائحى	٥٥
أ- اللوائح التنفيذية	٥٦
ب- اللوائح التنظيمية	٥٦
ج- لوائح اضبط أو البوليس	٥٧
الفرع الثالث : سن التشريع ونفاذه	٥٧
١- كيفية سن التشريع العادى ونفاذه	٥٨
أ - مرحلة الاقتراح	٥٨
ب - التصويت	٥٩

الموضــــــوع	الصفحة

ج- الإصدار ٦٠

د- النشر (نفاذ التشريع) ٦٠

٢- قاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون ٦٢

الفرع الرابع : التقنين ٦٤

الفرع الخامس : إلغاء التشريع ٦٦

١- طرق الإلغاء ٦٦

أولاً : الإلغاء الصريح ٦٧

ثانيا : الإلغاء الضمنى ٦٨

الفرع السادس : نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان...... ٧٢

وضع المشكلة ٧٢

المحور الأول : الحلول التشريعية ٧٦

١- النصوص المتعلقة بالأهلية ٧٧

٢- النصوص المتعلقة بالتقادم ٧٨

٣- النصوص المتعلقة بأدلة الإثبات ٨٠

٤- النصوص المتعلقة بقانون المرافعات ٨٢

الموضـــــوع	الصفحة
٥- القوانين الجنائية	٨٣
المحور الثانى : المبادئ العامة لحل مشكلة التنازع فى حالة عدم وجود حلول تشريعية	٨٤
أولاً : الأسس التى يقوم عليها مبدأ عدم الرجعية	٨٥
مفهوم عدم الرجعية	٨٦
١- النظرية التقليدية	٨٧
٢- النظرية الحديثة	٨٩
أولاً : عدم رجعية القانون	٨٩
ثانياً : الأثر الفورى للقانون	٩٣
المطلب الثانى : العرف	٩٦
أولاً : ماهية العرف	٩٦
ثانياً : القوة الملزمة للعرف	٩٩
ثالثا : دور العرف فى القانون المصرى	١٠١
المطلب الثالث : مبادئ الشريعة الإسلامية	١٠٣
المطلب الرابع : مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة	١٠٤

الموضـــــوع	الصفحة
المبحث الثانى : المصادر التفسيرية للقانون	١٠٥
الكتاب الثانى : النظرية العامة للحق	١٠٩
خطة الدراسة :	١٠٩
الفصل التمهيدى : الحق بوجه عام	١١٣
مقدمة :	١١٣
المبحث الأول : تعريف الحق	١١٥
أولاً : الفقه الكلاسيكى	١١٦
١- المذهب الشخصى	١١٦
٢- المذهب الموضوعى	١١٨
٣- المذهب المختلط	١٢١
ثانياً : الفقه الحديث (نظرية دابان)	١٢٢
المبحث الثانى : أنواع الحق	١٢٨
تمهيد وتقسيم :	١٢٨
الفرع الأول : الحقوق السياسية	١٢٩
الفرع الثانى : الحقوق السياسية (المدنية)	١٢٩
أولاً : الحقوق العامة	١٣٠

الموضـــــوع	الصفحة
ثانياً : الحقوق الخاصة	١٣٥
١- حقوق الأسرة	١٣٥
٢- الحقوق المالية	١٣٦
المحور الأول : الحقوق العينية	١٣٧
أولاً : الحقوق العينية الأصلية	١٣٨
ثانياً : الحقوق العينية التبعية	١٤٤
المحور الثانى : الحقوق الشخصية (حقوق الدائنية)	١٤٨
أولاً : التفرقة بين الحقوق العينية والحقوق الشخصية	١٤٩
١- تقريب الحق العينى من الحق الشخصى	١٤٩
أ- النظرية الشخصية	١٥٠
ب- النظرية المادية	١٥٢
ثانياً : المقارنة بين الحق العينى والحق الشخصى	١٥٣
المحور الثالث : الحقوق الذهنية (حق المؤلف)	١٥٨
١- أصحاب الحق فى الحماية القانونيـــة فـــى الحقـــوق الذهنية	١٦١
أ- المؤلف	١٦١

الموضـــــوع	الصفحة
ب- الابتكار	١٦٣
٢- مضمون الحق الأدبى	١٦٧
١- الحق الأدبى	١٦٨
٢- الحق المالى	١٧١
٣- الحماية القانونية للحقوق الذهنية	١٧٢
الباب الأول : أركان الحق	١٧٧
تمهيد وتقسيم :	١٧٧
الفصل الأول : الأشخاص	١٧٩
المبحث الأول : الشخص الطبيعى	١٨٠
المطلب الأول : مدة الشخصية..............................	١٨٢
أولاً : بداية الشخصية	١٨٢
ثانياً : انتهاء الشخصية	١٨٥
١- الموت الحقيقى	١٨٦
٢- الموت الحكمى (المفقود)	١٨٨
أولاً : حالات المفقود	١٨٩

الموضـــــوع	الصفحة
ثانياً : أثر الحكم باعتبار المفقود ميتاً	١٩١
ثالثاً : ظهور حياة المفقود	١٩٢
المطلب الثانى : حالة الشخص	١٩٤
أولاً : الحالة السياسية	١٩٤
ثانياً : الحالة العائلية أو القرابة	١٩٦
ثالثاً : الحالة الدينية	١٩٨
المطلب الثالث : مميزات الشخصية	١٩٩
تمهيد وتقسيم :	١٩٩
المحور الأول : الاسم	٢٠٠
المحور الثانى : الموطن	٢٠٤
أولاً : الموطن العام	٢٠٦
ثانياً : الموطن الخاص	٢٠٨
المطلب الرابع : أهلية الأداء	٢١١
تمهيد وتقسيم :	٢١١
المحور الأول : تدرج الأهلية بحسب السن	٢١٤

الموضـــــوع	الصفحة
المحور الثانى : عوارض الأهلية	٢٢١
المحور الثالث : موانع الأهلية	٢٢٥
المحور الرابع : أحكام الولاية على المال	٢٣٤
تمهيد وتقسيم :	٢٣٤
الولاية على مال القاصر	٢٣٥
الولاية على مال المحجور عليه....................................	٢٤٣
الولاية على مال ذوى موانع الأهلية	٢٤٤
المبحث الثانى : الشخص الاعتبارى	٢٤٨
تمهيد وتقسيم :	٢٤٨
المطلب الأول : نظرية الشخص الاعتبارى	٢٥٠
أولاً : بدء الشخصية ونهايتها	٢٥١
ثانياً : مميزات الشخص الاعتبارى	٢٥٣
ثالثا : أهلية الشخص الاعتبارى	٢٥٦
المطلب الثانى : أنواع الأشخاص الاعتبارية	٢٥٨
الفرع الأول : الجمعيات	٢٥٩

الموضـــــوع	الصفحة
الفرع الثانى : المؤسسات الخاصة	٢٦٥
الفصل الثانى : محل الحق	٢٦٩
تمهيد وتقسيم :	٢٦٩
المطلب الأول : الأشياء	٢٧٠
أولاً : الأشياء المثلية والأشياء القيمة	٢٧٢
ثانياً : الأشياء القابلة للاستهلاك والأشياء غير القابلة للاستهلاك	٢٧٤
ثالثاً : العقارات والمنقولات	٢٧٥
١- العقارات	٢٧٦
٢- المنقولات	٢٨٣
المطلب الثانى : مصادر الحق	٢٨٩
الباب الثانى : مصادر	٢٩٢
تمهيد وتقسيم :	٢٩٢
الفصل الأول : التصرف القانونى كمصدر للحق..........	٢٩٤
المبحث الأول : تكوين العقد	٢٩٥
المطلب الأول : أركان العقد وشروط صحته	٢٩٦

الموضـــــوع	الصفحة
الفرع الأول : أركان العقد	٢٩٦
المحور الأول : وجود الرضا	٢٩٦
أولاً : الإرادة والتعبير عنها	٢٩٧
١- وجود الإرادة	٢٩٧
٢- طرف التعبير عن الإرادة	٢٩٨
٣- تطابق الإرادتين	٣٠٢
١- الإيجاب	٣٠٣
٢- القبول	٣٠٥
المحور الثانى : صحة الإرادة (وعيوب الإرادة)	٣٠٦
١- الغلط	٣٠٧
٢- التدليس	٣١٠
٣- الإكراه	٣١٤
٤- الاستغلال	٣١٦
الفرع الثانى : محل العقد	٣١٨
الفرع الثالث : السبب	٣٢٠
المطلب الثانى : جزاء تخلف أركان العقد وشرائط صحته	٣٢٠

الموضـــــوع	الصفحة
المبحث الثانى : آثار العقد	٣٢٣
الفصل الثانى : الوقائع القانونية كمصدر للحق	٣٢٦
المطلب الأول : الواقعة القانونية كمصدر للحق الشخصى	٣٢٧
الفرع الأول : الفعل الضار	٣٢٨
الفرع الثانى : الإثراء بلا سبب	٣٣٣
المطلب الثانى : الواقعة القانونية كمصدر للحقوق العينية	٣٣٨
أولاً : الحيازة	٣٣٩
ثانياً : الاستيلاء	٣٤٠
ثالثاً : الالتصاق	٣٤١
الباب الثالث : الحماية القانونية للحق	٣٤٣
تمهيد :	٣٤٣
المبحث الأول : وسائل حماية الحق	٣٤٥
المطلب الأول : الحماية الجنائية للحقوق	٣٤٥
المطلب الثانى : الحماية المدنية للحقوق	٣٤٦
المبحث الثانى : التعسف فى استعمال الحق	٣٤٩
الفهرس	٣٥٤